
HDI
HW 2AW2 Q


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
VE RI TAS
ECCLESIAE CHRISTO

Zeitschrift

für

Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. von Linde,

Großherzogl. Hess. Geheimen Staatsrathe im Ministerium des Innern und der Justiz, Canzler der Universität zu Gießen, und Director des Oberstudienraths zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,

Königl. Sächsischem Hofrathe und ordentl. öffentl. Professor des Rechts zu Leipzig.

Dr. A. W. von Schröter,

Großherzogl. Mecklenburgischem Ober-Appellations-Gerichts-Rathe zu Rostock.

Zweiter Band. Neue Folge.

Gießen 1846,

bei B. C. Ferber.

Inhalt des zweiten Bandes neue Folge.

Seite

I. Etwas über die Streitverkündigung in sogenannten regressorischen Rechtsstreiten. Von Herrn Prof. Dr. Dernburg zu Gießen . . . . 1—52
II. Kann ein Ususfruct übertragen werden? Von Demselben . . . . 53—68
III. Was gemeinen Rechtens sey, wenn im Laufe einer Verjährungsfrist ein neues Gesetz über Verjährung gegeben werde? Von dem Hrn. Dr. Aug. Herrmann, Regierungsadvokaten zu Cöthen . . . . 69—92
IV. In wie weit darf ein Beamter in eigener Sache handeln? Vom Herrn Regierungsrath Dr. Burchard zu Weimar . . . . 93—112
V. Kann der prorogirte Richter gezwungen werden, Recht zu sprechen? Vom Herrn Oberappellationsgerichtssekretär Dr. A. W. S. Francke in Kiel . . . . 113—131
VI. Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien. Erste Folge. Von dem Herrn Professor Dr. E. Huschke in Breslau . . . . 137—207
VII. Ueber Verzugszinsen nach erkanntem Concursprozesse, sowie über Verzug im Allgemeinen. Von Herrn Hofgerichtsrath Gerau in Darmstadt . . . . 208—269
VIII. Beiträge zur Verständigung über das Verhältniß zwischen Staat und Kirche, mit Beziehung auf das Eherecht. Von v. Linde . . . . 270—436

I.

Etwas über die Streitverkündigung in sogenannten regressorischen Rechtsstreiten.

Von

Herrn Prof. Dr. **Dernburg**
zu Gießen.

---

§. 1.

Darlegung des Gegenstandes und dessen Schwierigkeit.

Kaum dürfte es eine andere Lehre geben, die für Wissenschaft und Leben gleich interessant wäre, als jene der Streitverkündigung in regressorischen Prozessen. Wo der Geschäftsverkehr nur einigermaßen lebhaft ist, ereignet es sich unzählige Mal, daß ein Rechtsgeschäft in seiner Doppelgestalt drei Partheien der Art betrifft, daß dieselbe Frage, wenn sie im Streite zwischen A und B sich zum Vortheile des Ersteren herausstellt, nunmehr zwischen diesem und C gar nicht zur Sprache zu kommen hat, wogegen umgekehrt, unterliegt jener in diesem Hauptkampf, er bei consequenter Fortführung desselben Grundsatzes gegen C gewinnen müßte. Wir wollen verschiedene hierher gehörige Fälle vorsätzlich ohne System, so wie die Praxis dieselben tagtäglich an die Hand giebt, zur Veranschaulichung namhaft machen.

1. Der Fuhrmann A bringt für das Handlungshaus B ein Collo nach Frankfurt und giebt seine Frachtbriefe ab, alsbald erscheint C, ein früherer Commis dieses Handlungshauses, läßt sich das Paket ausliefern und behauptet, in Eile den Frachtbrief zu Hause liegen gelassen zu haben; siehe da kommt einige Minuten später der B selbst mit den Legitimationspapieren und verlangt die Herausgabe der Sendung. A und B kommen jetzt auf die unschuldigste Weise von der Welt in Prozeß; A behauptet, C habe von jeher die Pakete für das Haus B in Empfang genommen, es sey sogar dieser Theil des Geschäfts der Hauptzweig seiner Thätigkeit gewesen; B negirt dieses, oder beruft sich auf ein unlängst in den öffentlichen Blättern erschienenes Inserat, wonach er den C wegen Unterschlagung mit Schande aus dem Dienste gejagt. C seinerseits erklärt, jenes Proclam habe auf einem Mißverständnisse beruht, die Sache hätte sich aufgeklärt, er sey wieder in Diensten von B in seine frühere Verhältnisse aufgenommen; das Collo sey zwar nicht vorhanden, weil er es auf Antrag von B zum weiteren Transport abgegeben, und dort sey es durch höhere Gewalt zu Grunde gegangen. Augenfällig ist es, daß, wenn A gegen B obsieglich ist, er mit C weiter nichts zu thun haben wird; vielmehr möchte B es seyn, der gegen diesen regressorisch zu klagen hätte. Falls umgekehrt B obsieglich wäre, hätte A den C zu belangen, und dieser wäre ihm ex delicto tenent.

2. In der Verlassenschaft der Eltern von A figurirt eine Schuldforderung von B. C, Vormund des A, stellt nach beendigter Vormundschaft Rechnung über seine geführte Verwaltung und weit entfernt, sich mit einer empfangenen Zahlung zu belasten, saldirt er seinen Rechnungsrezeß mit diesem angeblich noch ausstehenden Posten. A geht nunmehr den B auf Zahlung an, dieser behauptet aber, mit dem Vormund längst novirt und später compensirt zu haben, wogegen A nach der von seinem Vormunde deßfalls erhaltenen Instruction die Behauptung aufstellt, die Novation und Compensation habe allerdings Statt gehabt, jedoch

unter der Bedingung, wenn er, der Vormund, bei der Rechnungsablage im Stande seyn werde, seinem Curanden die fragliche Summe in Einnahme zu bringen, und zu entrichten; dieses hätte nicht geschehen können, nnd so habe die alte Schuld nie fortzubestehen aufgehört. Hier hat A entweder den B oder den C zum Schuldner.

3. B besitzt ein altes theueres Manuscript, welches C gerne zum Gegenstande seiner Studien machte, er hat sich aber mit demselben einmal überworfen und wagt es nicht, ihn um ein Commodat anzureden; er wendet sich daher an den Freund A. Dieser leiht das Manuscript bei B und stellt es dem C zu. Der Zufall will, daß das Manuseript bei letzterem zu Grunde geht, wie dieses B behauptet, ohne sein Verschulden durch ein vitium inhærens. Rechtsstreit zwischen A und B, dessen Folgen auf C zurückfallen müssen.

4. C hat eine Forderung an B, die sich A in solutum geben läßt; wie jedoch A den B um Zahlung angeht, hört er von diesem, daß C ihm längst die Forderung aus Dankbarkeit für einen geleisteten Dienst nachgelassen habe.

5. A verbürgt sich bei B für C, so daß, wenn C in einer gewissen Zeit nicht zahlte, er mit Verzichtleistung auf alle Rechtswohlthaten des Bürgen selbst zahlen wolle, B erhebt nach langen Jahren Klage gegen A, und wohl hat A keine anderen Vertheidigungsmittel gegen den Kläger, als diejenigen, die ihm C an die Hand geben könnte. Endlich

6. A kauft von C ein Grundstück, erhält Besitz- und Erwerbsurkunden überliefert, und glaubt sich so mindestens in statu usucapiendi in seinem Erwerb gesichert; nunmehr tritt B auf, behauptet, der Auctor des C habe das Recht nicht gehabt, demselben Eigenthum zu übertragen, er habe dieß als sein Bevollmächtigter gethan, ohne je eine solche Vollmacht gehabt zu haben, dieser Uebertrag sey daher ohne Wirkung, und sein präexistirendes Recht nie elidirt gewesen.

Daß in allen diesen Fällen zwei verschiedene Rechtsverhält-

nisse vorliegen, wovon jedes sein eigenthümliches fundamentum agendi hat, ist klar; daß gemeinrechtlich [1]) beide Rechtsstreite nicht in einem und demselben Prozesse geführt werden können, ist schon dadurch bewiesen, daß es kein specielles Forum der regressorischen Klagen nach deutschem gemeinem Civilprozesse giebt. [2]) In welches rechtliche und factische Verhältniß sind jene beiden Rechtsstreite zu bringen? in welches Verhältniß hat sie das römische Recht gebracht? das ist die Aufgabe der gegenwärtigen Untersuchung. *)

§. 2.

Lösung nach allgemeinen Grundsätzen.

Unterstellen wir einen Augenblick, es fehlte an jeder formellen Regel in dieser Materie, und suchen uns die allgemeinen Grundsätze auf, nach welchen die Sache zu behandeln wäre; so dürften die folgenden mehr oder weniger in Betracht kommen.

1. Die Mittel, welche unserer Prozeßführung zu Gebote stehen, den Zweck, den sie zu erreichen strebt, können unmöglich dahin führen wollen oder sollen, dem Endresultate das Gepräge einer absoluten Wahrheit aufzudrücken, welches einer aus der Werkstätte des Staates ausgegangenen Münze gleich, von jedermann in demselben Werthe anerkannt werden müßte; Partheiklugheit und Partheinachlässigkeit, gesetzgeberische Willkühr und gesetzgeberische Weisheit, richtige und unrichtige Wahrnehmung, Lügen und Wahrhaftigkeit Dritter in eine Retorte geworfen, die

---

[1]) Anders nach französischem Rechte, wovon in einem Anhange zu dieser Entwickelung ein Näheres.

[2]) Das Reichskammergericht soll meistens in Evictionsfällen eine andere Praxis befolgt haben, dort soll der Litisdenunziat vorgeladen worden seyn ad assistendum et eventualiter indemnisandum.

*) Was die bisherige Literatur angeht, so verweist man auf Linde, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses 6te Aufl. 1843 §. 112.

man hier Actenbund nennt, geschickt oder ungeschickt behandelt nach dem Grade der Fähigkeit des betreffenden Gerichtspersonals, erzeugen am Ende jenes prozessualische Gebilde, das wir Endurtheil nennen, und welches weniger das Recht der Wahrheit, als das Recht des Vertrags, des Zufalls, des Gesetzes und des Richters darstellt.

2. Daß dieses Resultat sohin gerade nur für diejenigen Geltung haben kann, die es so und nicht anders hervorgerufen, ist ein in den Rechten unbezweifelter Grundsatz. Von diesem Gesichtspunkte aus bildet allerdings jeder Rechtsstreit einen Vertrag, der freilich dem Beklagten vom Kläger gewissermaßen aufgenöthigt ward. Ein Dritter, der keine Thätigkeit zu der der einen oder andern Parthei zu schießen hätte, um die Waagschale nach der einen Seite zu beschweren, dem müßte das mühsamste Partheien- und Richter-Elaborat nur als Werk des Zufalls gelten.

3. Es können aber Rechtsverhältnisse bestehen, welche es einer dritten, sich im Augenblicke nicht im Rechtsstreite befindlichen Parthei zur Verbindlichkeit machen, sich der einen Prozeß führenden Parthei auf der gefahrvollen Reise, auf welcher sie sich befindet, zur Seite zu stellen; die Sachen können so liegen, daß der jetzige Prozeßführer, dem Dritten gegenüber, nur als dessen Bevollmächtigter erschiene, den er gehörig zu instruiren hätte; daß nunmehr, wenn im ersteren Falle derjenige, der helfen soll, seine Hülfe unterläßt und vertragswidrig handelt, daß derjenige, der im zweiten Falle seinen Mandatar gehörig zu instruiren unterlassen hätte, die Folgen seiner Vertragswidrigkeit zu tragen und das Interesse zu prästiren haben wird, folgt von selbst.

4. So auf die Grundsätze des Vertrags und des Schadensersatzes zurückgeführt, bliebe es in jedem einzelnen Falle der Beurtheilung unterworfen, welche Vertragsverbindlichkeiten in concreto vorlägen, und ob wirklich zwischen der unterlassenen Vertragserfüllung und dem erfolgten schadenbringenden Resultat

ein Causalnexus bestände, wie ihm die Lehre vom Schadensersatze zur Begründung eines Indemnisationsrechts vorschreibt. Wobei noch weiter in Betracht kommt, daß, wenn

5., wie nachgewiesen ist, das Endresultat des Prozesses nur eine Wahrheit der gesetzlichen Convenienz bildet, es sich weiter von selbst versteht, daß keine der Prozeß führenden Partheien sich im Allgemeinen gefallen lassen muß, daß ein dritter Unberufener mit die Karten mischen helfe, die den Schicksalswurf erzeugen sollen; sie hat das gewagte Spiel nur mit ihrem natürlichen Gegner durchzuführen, es müßten denn auch hier wieder specielle Rechtsbeziehungen, allgemeine oder Vertragsverhältnisse vorliegen, welche die Sache modificirten. Auch diese Rücksicht muß bei der Art des Auftretens des interessirten Dritten in Erwägung gezogen werden.

§. 3.

Fortsetzung. Eigentlicher Evictionsfall.

Wenden wir diese allgemeinen Grundsätze nun auf die verschiedenen, im §. 1 aufgeführten Fälle an, so erhalten wir folgende Resultate, die theils allen Fällen gemeinschaftlich sind, theils sich nach der Individualität jedes einzelnen specialisiren.

1. Nehmen wir vorerst den sechsten Fall. C hat dem A ein Recht übertragen, das er gegen Jeden geltend machen kann, sohin auch gegen Jeden zu vertreten haben wird, C kann unmöglich im Voraus wissen, wer von den unzähligen Personen, denen dieses Recht entgegensteht, es anzugreifen wagen wird, um seinen successor im Voraus in den Stand zu setzen, seine Vertheidigung vorzubereiten, eine solche Verbindlichkeit kann ihm weder Gesetz, noch Vertrag, noch der Richter auflegen, weil deren Erfüllung eine Unmöglichkeit wäre. Erleidet sohin A einen Angriff, und er will von C Hülfe, um denselben zu beseitigen, so muß er ihn erst benachrichtigen, daß eine Gefahr vorhanden sey. Diese Benachrichtigung, die ihrer Natur nach nur den Zweck haben kann, den Auctor in Verzug zu setzen, hat nicht nothwendig einen gericht-

lichen Charakter, und kann ihrem Zwecke gemäß auf jede Weise, selbst außergerichtlich und mündlich geschehen. Nunmehr hat zwar C der Natur seines Vertrags nach ex empto keine absolute Verbindlichkeit, dem A beizustehen, er kann das Resultat des Kampfes abwarten; aber, wenn er im Falle der Eviction auf Schadensersatz angegangen wird, kann er natürlich, ohne replica doli zu befürchten, aus Mitteln nicht excipiren, die er etwa dem Angriffe des C siegreich entgegen zu setzen im Stande gewesen wäre, die aber A, weil er sie nicht kannte, eben nicht vorschützen konnte. Das kann auch die einzige Folge der unterlassenen Hülfeleistung seyn; in jeder andern Beziehung muß dem C das Resultat des Prozesses zwischen A und B gleichgültig seyn, und alle Exceptionen gegen die Ersatzansprüche des Ersteren bleiben ihm offen, namentlich die, daß A die ihm bereits bei Uebertragung des Besitzes zugestellten Mittel nicht gehörig im Prozesse benutzt habe, oder daß diese Mittel hätten ausreichen müssen, und der Verlust des Prozesses nicht dem Fehler des Geschäfts, sondern jenem des Richters zuzuschreiben wäre, da er auf keinen Fall ein ihm fremdes, erst später nach stattgehabtem Kauf sich ereignet habendes Factum zu vertreten hat, und das factum judicis hier ganz denselben Charakter haben würde, wie ein sogenanntes factum principis, wofür, wie bekannt, eine Garantie nicht geleistet wird. Es versteht sich von selbst, daß diese Folgen nur bei der actio ex empto eintreten; anders könnte es bei einer actio ex stipulatu seyn, indem in einer solchen Stipulation der Verkäufer ex- oder implicite die Gefahr des Ausganges eines Evictionsstreites übernommen haben könnte, in welchem Falle natürlich er auch das factum judicis zu prästiren hätte.

Sowie aber nach den allgemeinen Grundsätzen die unterlassene Hülfeleistung bei geschehener Litisdenuntiation der bestehenden Verbindlichkeit nichts hinzufügt, noch entzieht; vielmehr einzig und allein durch ein Factum, die Versetzung in Verzug, eine factische Einrede beseitigt wird, eben so kann umgekehrt die unterlassene Litisdenuntiation wieder nur die Folge haben, jene factische

Einrede, wie wir sie nannten, nämlich: wenn ich von der Sache unterrichtet gewesen wäre, hätte ich factische Mittel zur Beseitigung des Angriffs liefern können, in ihrer ganzen Kraft und Stärke bestehen zu lassen. Kann eine solche Einrede nicht begründet werden, oder wird dieselbe gar nicht geltend gemacht, so wäre ja die in Verzugsetzung gar nicht nöthig, ja ein rein frustratorischer Act gewesen, es würde daher umgekehrt dem Einwande der mangelnden Litisdenuntiation die replica doli entgegenstehen.

Von diesem Gesichtspunkte einer, sich frei von jeder formellen Satzung haltenden Betrachtungsweise aus, würde auch die Frage zu beantworten seyn, wann und wie oft muß lis denunziirt werden? Alles ist vorerst der Beurtheilung des Litisdenunzianten überlassen, dem Litisdenunziaten bleiben aber alle Einwände der Verspätung offen, wenn dieselbe zu einer Zeit geschieht, wo ein von ihm anzuwenden gewesenes Mittel aus prozessualischen Gründen nicht mehr geltend gemacht werden konnte, oder der nicht vollständigen Benachrichtigung, wenn etwa vom Hauptkläger vorgebrachte nova in irgend einem Prozeßstadium — in erster oder zweiter Instanz — den Denunziaten zu der richtigen Bemerkung veranlassen könnten, daß er bei dem vorherigen Stand der Sache ganz ruhig die Hände im Schooße hätte liegen lassen können, da er etwa gegen diese Angriffe den Käufer schon gesichert gehabt hätte, daß aber nunmehr die neue Production der Sache eine andere Wendung gegeben, und es jetzt an dem Verkäufer gewesen wäre, ihn mit diesen neuen Mitteln bekannt zu machen.

Wir haben bisher immer unterstellt, daß der Litisdenunziat seine Hülfeleistung unterläßt, und haben daher den Gegner des Litisdenunzianten gar nicht in's Auge gefaßt. Unterstellen wir, der Litisdenunziat wolle seine Hülfe leisten, so kann natürlich ein solches auf zwei verschiedene Weisen geschehen, entweder er übergiebt dem Litisdenunzianten aussergerichtlich alle ihm zu Gebote stehenden Mittel, der sie zu produciren und geltend zu machen hat, bleibt aber, wenn wir uns so ausdrücken sollen, von dem

Kampfplatze fern, oder er tritt selbstständig auf, er intervenirt in den Prozeß und nimmt offen am Rechtsstreite Antheil. Hier könnte sich nach Anleitung unseres fünften Satzes die Frage aufwerfen: hat sich der Vindicant einen solchen neuen Gegner gefallen zu lassen? steht er mit diesem überhaupt in einer directen prozessualischen Verbindung? ist auch er sein Gegner, ja mit sein Hauptgegner, oder gilt dieses gerichtliche Erscheinen des Litisdenunziaten dem Gegnerdenunzianten gegenüber einer aussergerichtlichen Mittheilung von Rechtsbehelfen gleich? Daß diese Fragen von der höchsten Wichtigkeit sind, ist einleuchtend. Schon in der ersten Instanz kann der Litisdenunziant eine Frist versäumt, der Litisdenunziat dieselbe gewahrt haben, in der Person des Einen können die Voraussetzungen zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fehlen, in der Person des Andern vorliegen; im Zuge der Rechtsmittel kann die Appellationsfrist für den Litisdenunzianten verstrichen seyn, für den Litisdenunziaten noch laufen; der Litisdenunziat kann ex capite minoris aetatis restituirt werden, der Litisdenunziant dieses Rechtsmittel nicht haben. Ueberhaupt der Litisdenunziat kann Einreden vorgebracht haben, die der Litisdenunziat versäumt hat, womit er daher präcludirt ist. Eine einfache Betrachtung dürfte bei Evictionsfällen zur folgenden Beantwortung dieser Fragen führen.

Zwischen dem Kläger B und dem Litisdenunzianten A besteht so wenig ein obligatorisches Verhältniß, wie zwischen diesem und dem Litisdenunziaten C. B behauptet ein absolutes Recht, das er streng genommen gegen C so gut durchzuführen hat, wie gegen A; umgekehrt war es ein ihm ganz fremdes factum, daß er den Litisdenunzianten A zum Gegner hat, und nicht den Litisdenunziaten B; indem er keinen Einfluß auf den zwischen beiden letztern Statt gehabten Vertrag äußern konnte; heute noch könnte A den Gegenstand des Streites der besseren Vertheidigung halber dem B wieder zurückgeben, was gewiß in einem solchen Fall keine strafbare alienatio judicii mutandi causa wäre; ja in den meisten Fällen wird der Autor des A, und in consequenter Fortführung

dessen Auctor der natürliche Gegner des B seyn, indem in der Regel sich die Sache auf ein streitiges mangelhaftes Obligationenverhältniß wird zurückführen lassen; wie kann sich daher B beklagen, wenn sein natürlicher Gegner ihm entgegentritt, statt daß er anfangs nur mit dessen Schatten kämpfte? So richtig und wichtig daher unser Grundsatz ist, so klar ist aber auch, daß gerade in Evictionsfällen B allerdings in directe prozessualische Beziehung mit C tritt, und nunmehr der ganze Prozeß sich auch mit nach dessen Person beurtheilt, mit Ausnahme, daß C als Intervenient, der sich einem begonnenen Prozesse anschließt, kein forum privilegiatum, sowie überhaupt keine exceptio fori aus seiner Person geltend zu machen befugt ist. Ein Theil der prozessualischen Folgen dieses Satzes ist schon angedeutet, eine weitere Folge wird aber auch die seyn, daß im Falle des Succumbirens B gegen beide Partheien A und C in die Kosten verurtheilt werden muß; das Erscheinen beider ist kein Ueberfluß, der Litisdenunziat ist kein Doppelgänger des Denunzianten, und umgekehrt. Ersterer kämpft für ein gegenwärtiges Recht, Letzterer gegen eine eventuelle Verbindlichkeit, der Uebertrag von C auf A ist ein factum licitum und liegt in der Natur des Realrechts, das gegen Jeden vertheidigt und Niemanden angriffsweise entgegengesetzt wird, das daher wesentlich transmissibel erscheint. Durch seinen ungerechten Angriff hat er beide in die Nothwendigkeit gesetzt, sich zu vertheidigen; hatte er unrecht, so muß er den verursachten Schaden nach allen Seiten hin kehren.

Wenn daher das Auftreten des Litisdenunziaten von so graven Wirkungen für den Vindicanten ist, so ergiebt es sich von selbst, daß ihm auch das Recht zustehen muß, die Frage zu untersuchen: ob der factische Grund der Litisdenunziation vorliegt, ob wirklich A von C direct oder indirect Rechte ableitet; dagegen wird es ihm gleichgültig seyn müssen, ob das Rechtsverhältniß zwischen beiden Partheien ein solches ist, welches zur Evictionsleistung verpflichtet, ob nicht etwa eine Schenkung vorliegt, oder ob nicht speciell auf jede Garantie verzichtet wurde, indem C

immer ein moralisches Interesse haben wird, seinen Successor zu schützen, und wie nachgewiesen, jeder Vertrag zwischen A und C dem Vindicanten ein actum inter alios ist.

So die prozessualische Stellung des Vindicanten dem Litisdenunziaten gegenüber; was dieselbe Stellung des Letzteren dem Litisdenunzianten gegenüber angeht, so ist er sein Gegner nicht, vielmehr sein Consort, zwischen diesen bleiben alle Rechte vorbehalten, ja selbst die Evictionsverbindlichkeit in thesi kann, wenn der Litisdenunziat die sachgemäßen Vorbehalte macht, später nochmals Gegenstand des Streites seyn. Die Theilnahme des Litisdenunziaten am Prozesse kann nach allgemeinen Grundsätzen nur die einzige Folge haben, die auch sein Ausbleiben gehabt haben würde, nämlich daß dasjenige, was wir oben als factische Einrede bezeichnet haben, ausgeschlossen ist; daß das Urtheil als solches auch hinsichtlich der Würdigung des factischen Theils, oder der Rechtssubsumtion, gegen ihn Rechtskraft mache, folgt mindestens nicht aus allgemeinen Principien, denn es besteht kein Rechtsstreit zwischen dem Denunziaten und dem Denunzianten, daher jener erzwungene Vertrag nicht, der dem Endurtheil zwischen den Partheien Rechtskraft verleiht. Hätte daher der Denunziat Alles gethan, was er thun konnte, so würde auch hier der error judicis sein factum nicht seyn, daher im Entschädigungsprozesse relevirt werden können, einen einzigen Fall ausgenommen, wovon weiter unten die Rede seyn wird. Gesetzt sonach, der Vindicant bliebe in erster Instanz Sieger, so müßte der Denunziat diesem, nicht aber dem Litisdenunzianten gegenüber die Rechtsmittel ergreifen.

Die letzte Frage, welche noch zu erörtern übrig bliebe, wäre die der Regulirung der Beweislast in den verschiedenen Hypothesen. Hier wären folgende Fälle zu unterscheiden.

1. A hat jede Litisdenunziation unterlassen. Dann blieb der Auctor dem zwischen seinem Successor und dem Vindicanten geführten Prozesse völlig fremd; die Klage auf Entschädigung ex emplo könnte daher nur begründet werden, wenn der Vindicat nunmehr den ganzen Beweis ab ovo übernähme, den der Vindi-

cant gegen ihn geführt hat; der Auctor hätte dann natürlich ganz dieselbe Rolle, die der Vindicat ursprünglich im Prozesse dem Vindicanten gegenüber hatte; im Gegenbeweise gegen die Vindicationsklage müßte sich mittelbat herausstellen, ob durch die unterlassene Denunziation etwas versäumt wurde.

2. A hat litem denunziirt, der Litisdenunziat ist aber nicht erschienen, oder er erschien und der Vindicant siegte, dann muß das ergangene Evictionsurtheil, das durch nova in facto durchaus nicht erschüttert werden kann, als den Klagegrund hinlänglich nachweisend betrachtet werden, und an dem Litisdenunziaten wäre es, nachzuweisen, daß das Urtheil schlecht gesprochen, und die Sache so lag, daß ein Unterliegen bei richtiger Erkennung der Sachlage nicht erfolgen konnte; daß unter diesem Verhältnisse von einem eigentlichen Beweisverfahrrn die Rede gar nicht seyn kann, ergiebt sich von selbst.

§. 4.
Analoge Fälle.

2. Der Fall, der sich dem Evictionsfall am nächsten stellt, ist der sub Nr. 4, wenn auch die Motive sich anders gestalten; nichts desto weniger dürften sich bedeutende Unterschiede aus der Natur der Sache ergeben. Neben dem Uebertragsgeschäft, das zwischen A und C aus verschiedenen Rechtsgründen abgeschlossen werden konnte, besteht auch ein Mandatsverhältniß zwischen denselben, indem A procuratorio nomine nunmehr gegen B zu agiren hat; A hat sohin hinsichtlich der Prozeßführung alle Verbindlichkeiten eines Mandatars gegen seinen Mandanten zu erfüllen, und es wird der Gesichtspunkt des Mandats seyn und bleiben, welches den Richter im Falle unterlassener Litisdenunziation zu leiten hat. Das prozessualische Verhältniß zwischen B und C bleibt dasselbe, wie im Falle des vorigen §., und zwar schon aus dem Grund, weil ja hier bestimmt C der legitime Contradictor von B ist; wenn Letzterer dem Cessionar ohne Zweifel fortwährend ex persona auctoris Exceptionen entgegensetzen kann, so muß er sich

ohne Anstand diese Person als Gegnerin im Prozesse gefallen lassen.

Anders dürfte sich demnach die Sache bezüglich des Kostenpunktes verhalten; die Grundregel bei Beurtheilung der Cession dem debitor cessus gegenüber muß immer die bleiben, daß die Lage des Letzteren auf keine Weise durch die nominelle Veränderung des Gläubigers erschwert werde. Wenn nun auch durch das Auftreten von zwei Personen für eine und dieselbe Sache factisch eine solche Erschwerung unvermeidlich ist, so kann doch selbst beim Verluste des Prozesses — der immerhin nur formelle Wahrheit liefert — von einer doppelten Kostencondemnation keine Rede seyn; eigentlich wären dem Intervenienten allein die Kosten zu ersetzen, denn er ist der wahre aufrichtige und vertragsmäßige Gegner; der Hauptkläger ist nur der procurator — für sich — in rem suam — dem Schuldner gegenüber, Procurator schlechtweg. Wo aber der dominus negotii erscheint, da verschwindet jede Procuratur, und beide würden Dubletten bilden, deren gleichzeitiges Auftreten der Schuldner nicht zu zahlen hätte. Was dagegen das Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionar angeht, so scheint hier der recursorische Anspruch schon unbedingt begründet, wenn nur der Rechtsstreit mit dem debitor cessus selbst per errorem, per stultitiam, per sordes judicis verloren gegangen, so daß unbedingt dieses Urtheil, ist es rechtskräftig, wenn nur keine unterlassene Litisdenunziation vorliegt, und der Cedent in diesem Falle nicht nachweisen kann, daß er vom Prozesse benachrichtigt der Sache eine andere Gestalt gegeben hätte, als Klagefundament für die recursorische Klage gelten muß. Den Grund dieser Behauptung finden wir darin. In der Natur des Obligationenrechtes liegt es, daß dieses Recht, das einen Obligaten zu einer positiven Handlung nöthigt, angriffsweise geltend gemacht werden kann; gerade diese angriffsweise Geltendmachung ist das Charakteristische des Rechtes; mit der Obligation ist daher die Action nicht nur als wesentliches Accessorium mit übertragen, sondern unsere Quellen erkennen in der venditio actionis das

Hauptmerkmal des Geschäfts. Der Cessionar handelt als Mandatar des Cedenten; hat er bei Verfolgung des Mandats nichts versäumt, so kann er actione mandati contraria Alles verfolgen, was er bei Uebernahme des Mandats im Interesse des Mandanten erogirt hat. Daß in dem unterstellten Falle dieses der Cessionspreis sey, ergiebt sich von selbst. Anders haben wir uns bei dem eigentlichen Evictionsfall ausgesprochen. Das Realrecht steht in einem negativen Verhältnisse zu der ganzen Welt; dasselbe wird im normalen Zustand nie angreifen und daß es sich gegen ungerechten Angriff zu vertheidigen hat, kann nur als Zufall behandelt werden. Bei der Uebertragung eines Realrechts ist sohin nicht nothwendig, an einen abzuwehrenden Angriff zu denken, der sich unter tausend Fällen einmal ergiebt. Nur ein begründeter siegreicher Angriff darf nicht bestehen; ein unbegründeter, durch Unkenntniß des Richters siegreich gewordener, gehört in das Gebiet des casus, wie Feuersgefahr und Ueberschwemmung. Wir haben oben angedeutet, daß wir von diesem allgemeinen Grundsatz bei Realrechten einen Fall auszunehmen haben, und dieser ist der, wo im Augenblicke des Eigenthumübertrags der Besitz mit Wissen der Partheien nicht frei ist, daher erst erstritten werden mußte, und zwar darum, weil auch hier nothwendig mit dem Eigenthumsübertrag jene der Action verbunden war, sohin ebenfalls ein Mandat vorliegt, den Besitzer durch den Richter expulsiren zu lassen. In soweit ist sohin allerdings darin ein Unterschied zu finden, ob der Erwerber gleich Anfangs als Kläger aufzutreten hat, oder ob er nur vertheidigungsweise handelt.

3. Wir wenden uns zum Falle 3. Daß hier A räthlich handelt, wenn er sich bei seinem Freunde C über die Ursache des Unfalls erkundigt, giebt wohl der einfachste gesunde Menschenverstand, weil es besser ist, gar nicht zu unterliegen, als später recursorisch zu klagen; daß aber, selbst wenn C intervenirt, B sich dessen Gegenwart im Prozesse gefallen lassen müsse, daß C selbstständig Rechtsmittel gegen B ergreifen könne, überhaupt daß irgend ein prozessualisches Verhältniß zwischen zwei Personen, die

weder direct noch indirect in einem Vretragsverhältniß stehen, begründet werden könne, das wird wohl Niemand behaupten. B und C kommen sonach in gar kein juristisches Verhältniß zu einander, und wohl wird sich B gegen eine Intervention von C wehren können, die in irgend einer Beziehung ihm präjudiciell werden wollte. Was das Verhältniß zwischen A und C bezüglich des Rechtsstreites des Ersteren mit B angeht, so unterstellt der angegebene Fall, daß C wußte, daß A das Manuscript bei B leihen werde, um es ihm zu geben, dann muß er sich unbedingt das Resultat des Rechtsstreites zwischen diesen und B gefallen lassen. A war sein Mandatar, und was derselbe dem B zu ersetzen hat, muß ihm actione mandati contraria restituirt werden; es ist einmal in diesem Falle nicht nöthig, daß A dem C litem denunziirt; denn C ist es, der die Schuld von sich abzuwälzen, der also dem A ohne Aufforderung die Mittel an die Hand zu geben hat, sich gegen B zu vertheidigen. Es konnte aber auch der Fall so gedacht werden, daß C gar nicht wußte, daß A das Manuscript von B geliehen, er kann es von demselben als sein Eigenthum erhalten haben; alsdann bleibt auch ihm in jeder Beziehung der erste Rechtsstreit fremd, und eine sogenannte Litisdenunziation wäre daher in keinem Falle von irgend einer rechtlichen Wirkung.

4. Was den Fall der Bürgschaft sub 5 angeht, so scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß B sich die Intervention und die ganze Prozeßführung von C gefallen lassen muß; B steht mit diesem im Vertragsverhältniß; aus diesem Vertrag, dem A nur hinzutrat, klagt er, sein Haupt- und erster Contradictor ist aber der Hauptschuldner, gegen diesen muß er sein Recht sicher stellen, er muß im Falle der Succumbenz sogar beiden, dem Bürgen und dem Hauptschuldner die Kosten ersetzen, weil er es sich zuzuschreiben hat, eine Forderung gegen den Bürgen eingeklagt zu haben, ehe er sie gegen den Hauptschuldner rechtskräftig gemacht hat. Dagegen hat der Bürge, falls der Hauptschuldner um die Bürgschaft wußte, diesem nicht einmal cautelarisch litem

zu denunziiren, und in dieser Beziehung gestaltet sich dieser Fall, wie jener sub 3. Der Hauptschuldner wird angesehen, den Bürgen beauftragt zu haben, Zahlung für ihn zu leisten. Dieses Mandat besteht bis zur Lösung der übernommenen Verbindlichkeit fort, es erlischt nicht einmal durch den Tod des Schuldners, weil die Erben, so lange sie die Schuld nicht bezahlen, ebenfalls angenommen werden müssen, das Mandat erneuert zu haben; der Hauptschuldner muß sonach, wenn er aus irgend einem Grunde die Zahlung hemmen, mit andern Worten das Mandat aufkündigen wollte, dieses ungerufen thun. Kann sohin der Bürge, selbst ohne Urtheil abzuwarten, wenn ihm der Schuldner die ihm zur Seite stehenden Einreden nicht ankündigt, bezahlen, so versteht es sich von selbst, daß der Schuldner zum Nachtheil des Bürgen kein Rechtsmittel gegen das Urtheil, welches jenen dem Gläubiger gegenüber condemnirt, ergreifen kann. Würde jedoch die Bürgschaft ohne Mitwissen des Schuldners stattgefunden haben, so läge nur eine negotiorum gestio vor; alles hinge dann von der Frage ab, ob dieselbe utilis war, oder nicht, und wieder müßte, wie im vorigen Falle, wo C nicht wußte, daß B bei A das Manuscript zu leihen hatte, der Erfolg des Rechtsstreites zwischen A und B dem C ganz fremd bleiben.

5. Im Falle sub 1 wird vorerst eine Streitverkündigung nöthig seyn, weil C nicht wissen kann, daß seine Vollmacht bestritten wird, er sohin nicht unaufgefordert dem A Mittel zur Rechtfertigung seiner Empfangnahme zu geben hat. B wird sich die Intervention von C gefallen lassen müssen, die nur auf ein Vertragsverhältniß zwischen beiden gegründet werden kann. Streng genommen besteht kein obligatorisches Verhältniß zwischen A und C; Letzterer hätte daher dem A keine Mittel zu geben, um seine Rechte gegen B zu wahren. Hat A, ohne bei der Ueberlieferung der Waare nähere Nachweise der Legitimation zu verlangen, das Paket ausgeliefert, so dürfte jedes rechtliche Verhältniß zwischen Beiden erledigt seyn, und nur auf förmliche Klage hätte sich C zu vertheidigen. Indessen möchte dieser strengen Consequenz, wenn

sie dahin benutzt werden sollte, und trotz des verlorenen Prozesses gegen B dem A seinen Rückgriff abzuschneiden, die replica doli entgegenstehen. Ganz sicher würde indessen A gehen, wenn er, sobald B gegen ihn klagt, eine Klage gegen C erhebe, daß er sine causa das fragliche Paket in Empfang genommen; sein Beweis würde einzig und allein in der Uebergabe des Collo liegen, wo es dann an C wäre, seine Exception, daß er Mandatar gewesen sey, zu beweisen, welchen Beweis A in seinem Rechtsstreite gegen B zu benutzen hätte.

Endlich wird

6. der Fall sub 2 folgende Beurtheilung finden. A hat dem C durchaus keine lis zu denunziiren, an C als Vormund war es, seinen Pupillen nach beendigter Vormundschaft mit allen und jeden Verhältnissen seiner Verwaltung bekannt zu machen; was er zur Vermeidung der Contestation von B später etwa nachzubringen hätte, mußte er gleich von vornen herein seinem Pupillen mittheilen. B hat sich die Intervention von C nicht gefallen zu lassen; allerdings hat er mit C contrahirt, aber als Repräsentanten von A; da nun der Repräsentirte im Prozesse ist, so bildet der A eine Dublette, die B zu seinem Präjudiz im Prozesse nicht zu dulden hat. Das Urtheil dagegen, welches zwischen A und B erging, abgesehen von der factischen Einrede, wie wir dieselbe nannten, die hier nie begründet war, hat in jeder andern Beziehung keine Rechtskraft gegen C, der durch A in dieser Sache nicht vertreten war.

§. 5.

Summarium des bisher Vorgetragenen.

Jeder Einzelne der Fälle, die wir anscheinend rein zufällig zusammengestellt haben, hat, unter Anwendung allgemeiner Grundsätze, eine besondere Beurtheilung gefunden. Wir wollen jetzt, ehe wir zur Untersuchung der Frage uns wenden, in wie weit positive Gesetze diesem gefundenen Resultate widersprechen, die

Grundsätze in abstracto aufstellen, die wir aus der Anwendung der allgemeinen Principien auf die Litisdenunziation gefunden zu haben glauben.

1. Die Litisdenunziation ist so oft nöthig, um die factische Einrede des uns recursorisch Verbundenen zu beseitigen, daß er, vom Rechtsstreite unterrichtet, uns Thatsachen an die Hand gegeben, welche der Sache eine andere Wendung gegeben hätten, als nicht dieser recursorisch Verbundene schon aus speciellen Vertrags- oder Quasi-Vertragsverhältnissen verbunden war, ohne gerufen zu seyn, und sogar ehe ein Rechtsstreit anhängig war, den Recursberechtigten mit der ganzen Sachlage in allen ihren Einzelheiten bekannt zu machen.

2. Dagegen ist in Fällen letzterer Art eine Streitverkündigung nicht nothwendig, die von uns sogenannte factische Einrede müßte auf die Selbstanklage einer Vertrags- oder Gesetzwidrigkeit hinauslaufen, welche durch die replica doli removirt wird.

3. Die Folge der Streitverkündigung ist der Ausschluß jener factischen Einrede, die Folge deren Unterlassung ist die Zulässigkeit jener Einrede; eine absolute Sachfälligkeit tritt nicht ein.

4. An und für sich kann jedoch die Streitverkündigung dem Urtheile zwischen dem Hauptkläger und Recursberechtigten keine Rechtskraft zwischen dem Recursberechtigten und Recursverpflichteten verleihen, wenn nicht, was mit der Streitverkündigung in gar keiner Verbindung steht, durch Vertragsverhältnisse die Sache so liegt, daß schon das Resultat des Verlustes des ersten Prozesses an und für sich als hinreichender Klagegrund dienen kann, die Recursklage zu rechtfertigen.

5. Der Gegner des Litisdenunzianten muß sich den Litisdenunziaten so oft als selbstständigen Gegner mit eigenen Prozeßrechten auch sich gegenüber gefallen lassen, als directe Vertragsverhältnisse zwischen beiden Partheien bestehen, oder in soweit ein absolutes Recht in Anspruch genommen wird, das gegen Jedermann zu vertheidigen ist.

§. 6.

Specielle gesetzliche Bestimmungen.

Wir gelangen nun zu dem Punkte, die Frage zu untersuchen, in wie fern positive Rechtsbestimmungen den oben aufgefundenen Resultaten widersprechen?

Was die Recursfälle angeht, in welchen von keiner eigentlichen Eviction die Rede ist, so sind diese in unsern Rechtsquellen nicht speciell behandelt. Nur der Fall der Bürgschaft ist vorgesehen und hier fr. 29. Dig. mandati vel contra (17. 1.) bestimmt, daß der Bürge, der ohne den Hauptschuldner zu benachrichtigen und in Unwissenheit einer demselben zustehenden peremptorischen Einrede bezahlt, nichts desto weniger seine recursorische Klage gegen denselben behalte. Es liegt kein Grund vor, diesen Fall als Ausnahme zu behandeln; die ratio dieser Verfügung: potuit enim atque debuit reus promittendi certioriare fidejussorem suum ne forte ignarus solvat indebitum, wird überall zur Anwendung kommen müssen, wo eine solche Rechtsverbindlichkeit des recursorisch Obligirten vorliegt; wir haben eine Anwendung desselben Grundsatzes bei der Vormundschaft, sowie bei dem Commodatar des Commodatars, und gewiß mit Recht, gemacht. Dagegen scheint es auch nicht richtig — wenn man bei eigentlichen Evictionsfällen der unterlassenen Litisdenunziation keine formelle Wirkungen zuschreibt, nunmehr zu behaupten, in allen übrigen recursorischen Fällen sey eine Litisdenunziation nicht erforderlich, was denn soviel heißen würde, als selbst die von uns so genannte factische Einrede könnte trotz unterlassener Streitanzeige von dem recursorisch-Verbundenen nicht angerufen werden. Liegt der Fall nicht so, daß der Recursverpflichtete schon von selbst, ohne aufgefordert zu seyn, die Mittel zur Beseitigung einer Klage hergeben mußte, so ließe sich kein Grund denken, eine solche Ungerechtigkeit zu sanctioniren.

Wir kommen nun zu den eigentlichen Evictionsfällen. Die Lehre der Litisdenunziation wird gewöhnlich folgender Art darge-

stellt: „Will," sagt Wening-Ingenheim in seinem Lehrbuche §. 361, „der Erwerber den Anspruch auf Gewährleistung geltend „machen, so muß er den Auctor auffordern, ihm, er mag Kläger „oder Beklagter seyn, in dem Prozesse beizustehen. Das Ver„säumniß dieser Streitverkündigung, Litisdenunziation, zieht den „Verlust des Rechts gegen den Auctor nach sich, außer es hätte „sich dieser des Rechtes, die Streitverkündigung zu begehren, be„geben, in welchem Falle ihm jedoch eine freiwillige Theilnahme „an dem Evictionsprozeß nicht versagt werden kann, oder das „Recht des Evincenten wäre ganz unbezweifelt und „offenbar, oder des Auctors Aufenthalt dem Erwerber unbe„kannt, oder derselbe verhinderte die Streitverkündigung, oder wenn „der Prozeß unterbleibt, weil der Erwerber von dem Evincenten „das Recht auf die Sache erhält." So viel über die unterlassene Litisdenunziation; hatte diese Statt, so muß nach eingetretener Eviction natürlich der Schaden prästirt werden; daß die Eviction Folge eines früheren, vor der Erwerbung bestandenen Rechts des Evincenten gewesen seyn muß, versteht sich von selbst. Daran knüpft nun derselbe Autor die Folge: „daher fällt der Anspruch „weg, wo die Ungerechtigkeit des Rechtes den Verlust der Sache „herbeiführte." Dieselbe Lehre findet sich bei Schweppe, Thibaut, Glück u. A. wieder, und wenn auch Letzterer die Ableitung des Satzes: „oder das Recht des Evincenten ganz unbe„zweifelt und offenbar ist" aus den gewöhnlich dafür angeführten Stellen fr. 11. §. 12. Dig. de act. empt. vendit. (19. 1.) fr. 53. §. 1. Dig. de evictionibus (21. 2.) in Zweifel zieht, so schließt er dennoch: „Sollte indessen aus den Acten klar hervorgehen, „und auch von dem Käufer rechtlich erwiesen werden „können, daß die Aufforderung zur Vertretung wegen des un„zweifelhaften Rechts des Entwährers ganz vergeblich gewesen „seyn würde, so kann dann auch wohl den Käufer der Vorwurf „nicht treffen, er sey darum überwunden worden, quoniam parum „instructus esset, wie Paulus C. 53. §. 1 de evict. sich aus„drückt. Es kann ihm auch die Einrede nicht entgegengesetzt wer-

„den, daß er dolose gehandelt habe, weil der Zweck der Denunzi„ation, nämlich, daß in der Vertheidigung der Sache gegen die „Ansprüche des Dritten nichts versäumt worden, unter den gegen„wärtigen Umständen nicht wohl erreicht werden konnte. So „urtheilen denn ältere und neuere Rechtsgelehrten nach Recht und „Billigkeit."

Damit das Institut der Litisdenunziation eine formelle Seite erhielte, müßten zwei Sätze feststehen:

1. Durch jede Unterlassung der Litisdenunziation müßte der Recurskläger ohne weiteres sachfällig werden;

2. die vorgenommene Litisdenunziation dagegen umgekehrt das ergangene Urtheil unbedingt dem Litisdenunziaten entgegenhaltbar machen, vorausgesetzt, daß der Litisdenunziant kein Rechtsmittel versäumt hätte.

Zur vollständigen gerechten formellen Ausbildung dieser Lehre müßten beide Grundsätze gleichzeitig Geltung haben. Wenn nach dem Satze sub 1 die unterlassene Litisdenunziation formell ohne alle weitere Prüfung, ob diese Unterlassung denn wirklich von irgend einem Einflusse auf die Sache war, jeden Recurs ausschlösse, so wäre die Lage des Käufers eine unerträgliche im Vergleich mit jener des Verkäufers, falls im inversen Falle sub 2 bei erfolgter Litisdenunziation ein gegen ihn ergangenes Urtheil kein formelles Recht gegen seinen Auctor begründen sollte; und umgekehrt wäre der Verkäufer unbillig behandelt, wenn der zweite Satz gegen ihn gelten, ihm aber aus der Unterlassung des Käufers kein Vortheil entspringen sollte; nur die beiden Sätze, indem sie das Recht nach jeder Beziehung hin formalisirten, würden die erforderliche Rechtsgleichheit herstellen. Schon nach der oben dem Lehrbuche eines unserer vorzüglichsten Pandectisten entnommenen Darstellung bewährt sich weder der eine noch der andere Rechtssatz.

---

*) Not. 74 wird eine Reihe von Schriftstellern aufgeführt, denen wir noch hinzufügen: Calletius ad leg. 7. 8. Cod. in Meermani Thesaurus II. pag. 330.

1. Allerdings heißt es dort, daß der Erwerber, wenn er seinen Anspruch auf Gewährleistung geltend machen will, seinen Auctor aufzufordern hat, ihm zu assistiren. Diesen formellen Satz zerstört der in den Ausnahmen befindliche Nachsatz: „oder das „Recht des Evincenten wäre ganz unbezweifelt und offenbar." Absolut giebt es weder in jure noch in facto einen Zweifel, das jus soll sicher seyn; das factum, wird es in seiner Wahrheit erkannt, ist immer sicher. Der Zweifel kann für den recursorisch in Anspruch Genommenen nur dadurch entstehen, daß er entweder darthut, daß das Factum nicht vollständig vorgetragen worden, er daher noch etwas hinzuzufügen gehabt hätte, oder daß er nachweist, der Richter habe das vorgelegene Factum nicht gehörig erkannt, oder das Recht nicht gehörig angewendet, er habe mit andern Worten schlecht gesprochen; tritt keine dieser drei Voraussetzungen ein, so ist rechtlich für den Juristen Alles unbezweifelt und offenbar, wenn auch der Nichtjurist Jahre lang zu zweifeln hätte. Die Ausnahme beschränkt daher die Regel dahin, daß die unterlassene Litisdenunziation nur dann schadet, wenn ein male judicatum nachgezeigt werden könnte, und zwar entweder ex capite novorum, oder weil an und für sich der Richter falsch subsumirt hätte; es bliebe sonach von der Regel nichts weiter stehen, als der Satz, daß, wenn nicht lis denunziirt wurde, dann bleibt und ist das Urtheil zwischen Vindicanten und Vindicaten ein actum inter alios; diese Folge ergiebt sich aber aus der Natur der Sache ohne jedes formale Princip!

2. Eben so wenig hat der zweite Satz nach der gewöhnlichen Darstellung seine Richtigkeit; denn was soll es heißen, wenn man sagt, die Evictionsverbindlichkeit trete nicht ein, wo die Ungerechtigkeit des Richters den Verlust der Sache herbeigeführt hätte? Sollte es etwa heißen, daß alsdann dolus oder culpa lata des Richters vorliegen müßte, so würde eine solche Beschränkung nicht mit den für diesen Satz citirten Stellen harmoniren, wie wir gleich sehen werden. Es liegt aber auch ein innerer Unterschied zwischen dem Falle, wo der Richter aus Schlechtigkeit,

und jenem, wo er aus Irrthum, und aus welchem Grade des Irrthums den Vindicanten verlieren ließ, nicht vor; das Urtheil als formelles Recht bleibt immer jedem Anderen, als den Partheien gegenüber, unter denen es erlassen wurde, ein reines factum judicis; sollte aber der Verkäufer als durch den Käufer gehörig repräsentirt betrachtet werden, dann müßten alle Urtheile, die gegen diesen Rechtskraft erwerben, auch gegen jenen rechtskräftig seyn; tertium non datur!

Wir sind aber weit entfernt, der Darstellung dieser Schriftsteller einen Vorwurf machen zu wollen; so schwankend die Lehre in den Lehrbüchern vorgetragen ist — man denke sich einen Augenblick, ein solches Lehrbuch würde zum Gesetzbuch erhoben? — eben so schwankend scheinen auch die Quellenzeugnisse, die freilich mit der Aufstellung einer Regel, und einer Ausnahme, welche dieselbe wieder absorbirt, nicht in Einklang zu bringen sind; entweder stellt unser Rechtsbuch die Litisdenunziation als ein formales Rechtsinstitut auf, so müssen die vernachlässigte und die erfüllte Form ihre volle Wirkung äußern — fiat justitia et pereat mundus muß der Wahlspruch für ein jedes formalisirte Rechtsinstitut bleiben, wenn es sich nicht überleben soll; oder man läßt hinten drein noch innere Prüfung zu, dann ist die Form nur eine Lüge, eine Täuschung, die richterliche Willkühr, die man etwa damit an der Vorderthüre ausschließen will, schleicht sich zur Hinterthüre herein; es ist nichts gewonnen, als Unklarheit und Verwirrung! Und nichts desto weniger ist's gerade dieser fortwährende Kampf der Billigkeit mit dem strengen Recht, dieses Streben nach innerer Prüfung ex post, wenn die vorerst vorgeschriebene Form vernachlässigt ist, welche das Grab eines jeden formellen Rechts bildet. Davon legt die ganze Bildungsgeschichte des römischen Rechts Zeugniß ab, und schon jetzt ist trotz der Einrichtung eines Cassationshofs auch in der neuesten französischen Legislation das Billigkeits- oder das Juristenrecht dem legislatorisch formalisirten Recht so über den Kopf gewachsen, daß man bei jedem formellen Artikel vorerst genau nachzuforschen

hat, ob und wie weit ihm die Schriftsteller und die Rechtsprechung noch das Lebenslicht gelassen haben?

I. Fragen wir aber die Quellen über den ersten Satz, so würde das formelle Princip ganz ohne Anstand angenommen werden müssen, wenn alle Stellen etwa lauteten, wie folgende des Codex:

const. 8. Cod de evictionibus.

Emptor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit evicto praedio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussorem habet.

Eine andere Stelle, die das Princip so schneidend formell hinstellte, wie dieses Rescript von Alexander Sever, findet sich in den Quellen nicht; denn, wenn allerdings in mehreren anderen Fragmenten von der Litisdenunziation als einer solchen Maaßnahme gesprochen ist, welche den Weg zur Evictionspräſtation anbahnt, so lassen sich alle diese Quellenzeugnisse theils auch dann erklären, wenn man die Streitverkündigung nur für etwas Räthliches hält, um späteren Beanstandungen, namentlich der factischen Einrede den Weg abzuschneiden, theils können sie auch eine Stipulation unterstellen, die auf der einen Seite das defensum iri, und die poena dupli im Falle der Eviction, auf der andern Seite aber die Litisdenunziation ausdrücklich bedingt, das formelle Recht sonach zur Vertragsbedingung erhebt. Dagegen obstirt dem formellen Princip außer dem fr. 11. §. 12. Dig. de action. empt. vendit. (19. 1.) noch fr. 53. §. 1. h. t.

Si cum possit emptor auctori denuntiari, non denuntiasset, itemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipse videtur dolo fecisse, ex stipulatu agere non potest.[4] —

---

[4]) Ganz so erklären sich die fr. 29. §. 2. h. t. und fr. 29. §. 3. de legat. III. Wenn in der letzten Stelle gesagt ist, daß Demjenigen, der bei unterlassener Denunziation die Regreßklage dennoch anstellt,

auch der Umstand, daß ohne allen Zweifel die unterlassene Litisdenunziation nichts schadet, wenn die Eviction deßhalb unterblieb, weil man das Recht des Evincenten besonders erworben hat.

Für diesen Satz werden gewöhnlich angeführt die fr. 9. 41. §. 1. h. t., welche den Fall des Erbgangs voraussetzen, wenn nämlich der Käufer Erbe des wahren Eigenthümers geworden ist, die sohin den aufgestellten Satz nicht ganz beweisen, vielmehr dem Einwande Raum geben, daß man Niemanden zumuthen könne, eine ganze Erbschaft auszuschlagen, um eine förmliche Evictionsklage und folgerecht eine Streitverkündigung möglich zu machen, so daß aus diesen Fragmenten allein ein vollständiges Argument für die hier vertheidigte Ansicht nicht geschöpft werden könnte. Dagegen scheint der Satz in seiner Allgemeinheit, und gleichzeitig die Behauptung, daß von keinem formellen Institut der Litisdenunziation zur Zeit der klassischen Juristen gesprochen werden konnte, durch das fr. 29. pr. Dig. h. t. in jeder Beziehung gerechtfertigt:

> Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redimerim falsum esse, quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi, ex vendito agentem quasi habere mihi rem liceret Celsus filius ajebat, quia nec bonae fidei convenerit, et ego ex alia causa rem haberem.

Sollte hier ein Rechtsstreit vorausgesetzt werden, bei welchem

---

die exceptio doli mali entgegensteht, so ergiebt sich schon von selbst, daß bei dem Falle, den der Jurist im Auge gehabt hat, durch die unterlassene Streitverkündigung ein wahrer Nachtheil entstanden seyn muß; aus einer reinen Formvernachlässigung hat gewiß noch kein klassischer Jurist eine exceptio doli abgeleitet, umgekehrt möchte einer solchen exceptio die replica doli entgegenstehen. Diese Erklärung hebt auch den anscheinenden Widerspruch zwischen den beiden angeführten Stellen; überhaupt entfernt man das formelle Princip, so ist die Zeit, wann lis denunzürt werden muß, eben so rein nach dem concreten Falle zu beurtheilen.

eine Litisdenunziation stattgehabt, der emptor besiegt worden wäre, und dieser, um den Erfolg des Sieges abzuwenden, vom wahren Eigenthümer wieder erworben hätte, so könnte man unmöglich die Ansicht eines Juristen begreifen, der nunmehr eine Klage aus dem ersten Kaufe offen behielte, während der Verkäufer selbst im Rechtsstreite mit dem Evincenten besiegt worden wäre; es wäre auch der Ausdruck: nec bonae fidei convenerit zu gelinde, um das Unrecht einer solchen Klage zu bezeichnen. Es muß daher von einem freiwilligen Erwerb die Rede seyn, den der Käufer unternommen, weil man ihm offen dargelegt hätte, daß er eine res aliena erworben gehabt; das redimere würde dann natürlich heißen „nochmals kaufen" und nicht „wieder kaufen." Ist diese Interpretation richtig, dann erscheint auch hier wieder jedes formelle Princip ausgeschlossen.[5])

II. Den zweiten Satz anlangend, in wie fern nämlich bei erfolgter Litisdenunziation unbedingte Rechtskraft eintritt, so finden wir auch hier denselben als solchen nirgends unbedingt ausgesprochen, dagegen kommen hier folgende Quellenzeugnisse in Betracht.

1. fr. 51. Dig h. t.

Si per imprudentiam judicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere, aut quid refert sordibus judicis, an stultitia res perierit? injuria enim quae fit emptori, auctorem non debet contingere.

Error ist in dieser Stelle der imprudentia entgegengesetzt; diese unterstellt keinen dolus, der dolus wird mit sordes bezeichnet,

---

[4]) Dieser Auslegung steht nicht entgegen das fr. 56. §. 1. h. t.

Si compromisero, et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem, nulla enim necessitate cogente hoc feci,

indem gerade die ratio legis nachweist, daß, wenn nichts desto weniger die necessitas bewiesen werden könnte, eine Klage allerdings stattfindet; das Compromißurtheil soll nur nach der Meinung des Juristen von keiner Wirkung seyn.

imprudentia kann sohin nur culpa lata bedeuten sollen), der error muß daher an und für sich bis zur culpa levis gehn; wo aber nicht ex capite novorum in appellatorio reformirt wird, da darf man vom Gesichtspunkt des Oberrichters dem unteren Richter mindestens error zuschreiben. Freilich spricht der eine Grund des Fragments nur von stultitia, welche der sordes judicis entgegengesetzt wird, und diese stultitia entspricht der imprudentia im Vordersatz, der Nachsatz aber: injuria quae fit emptori auctorem non debet contingere lautet allgemein; unter injuria wird in der Regel verstanden id, quod non jure fit, ohne Rücksicht auf den Grad der Schuld, und diese injuria begreift abermals den error in sich.[7])

2. Fragm. Vat. §. 8. 10.

§. 8. Evictione citra dolum emptoris et judicis injuriam secuta, duplum ex empti judicio secundum legem contractus praestabitur.

§. 10. Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit, neque stipulationem auctoritatis committere.

Ziehen wir nunmehr die Fälle zusammen, in welchen dem Verkäufer das zwischen dem Litisdenunzianten und seinem Gegner ergangene Urtheil nicht entgegengesetzt werden kann, so finden wir imprudentia, error, iniquitas und injuria. Wenn imprudentia und error offenbar der imperitia gleich stehen, so finden wir nach fr. 1. pr. Dig. de appell. das ganze Gebiet der Appellation erschöpft.

Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius nemo est, qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat.

---

[6]) cf. fr. 6. Dig de extraordinariis cognitionibus (50. 13.). — fc. 1 §. 1. Dig. de lib. exh. (43. 30). — fr. 50. Dig de legatis I. — Keller, über Litiscontestation pag. 388. Not. 12. J. R. A. §. 121, wo iniquitas für alle Fälle der Appellation gebraucht wird, mit Ausschluß der Nullität.

[7]) fr. 1. Dig. de injuriis (47. 5.).

Mehr bedarf es aber nicht, um nachzuweisen, daß das Urtheil im Hauptprozeß keine Rechtskraft im subsidiarischen Prozeß für sich ansprechen kann. Wo möglich noch kräftiger beweist

3. Const. 15. Cod. h. t.

Si non injuria judicantis sed juris ratione superatus es, pignus ob evictionem acceptum solemniter persequi potes.

für die hier vertheidigte Ansicht. Die ratio juris [8]) wird der injuria entgegengesetzt; was nicht ratione juris entschieden ist, soll es injuria judicantis seyn; dieses kann aber nur dann als richtig gelten, wenn injuria in diesem Zusammenhange nicht mehr als non jure bedeutet. Ist nun bewiesen, daß nur, wo die ratio juris dem ersten Urtheile zur Seite steht, dieses die Evictionsprästation vermittelt, wie läßt sich von einer Rechtskraft sprechen, die schon an und für sich formelles Recht geben sollte?

Es ist nun noch zu bemerken, daß das fr. 63. Dig. de re judic. (42. 1.) nur den umgekehrten Fall behandelt, wenn der creditor den debitor über das Eigenthum des Pfandes, der emptor den venditor über das Eigenthum des gekauften Gegenstandes den Rechtsstreit führen läßt, dann soll ausnahmsweise die res inter alios acta dem creditor und emptor präjudiciren: der umgekehrte Fall hätte viel näher gelegen, wenn auch in diesem die Regel über die res judicata eine Ausnahme erleiden sollte. Gleichgültig für unsere Frage ist das fr. 4. §. 3. Dig. de appell., wonach der Auctor gegen ein Urtheil, welches seinen Successor evincirt, das Rechtsmittel der Berufung ergreifen kann, weil, abgesehen davon, daß der Auctor, dem lis denunziirt war, etwa in zweiter Instanz nova in facto vorzubringen im Stande ist, er jedenfalls ein lebhaftes Interesse dabei hat, daß sein Successor obsiege, wodurch er der Führung eines zweiten Prozesses jedenfalls überhoben wäre.

---

[8]) cf. fr. 14. 15. 16. Dig. de leg. (1. 4.)

Wir schließen daher, daß das heutige römische Recht so, wie es aus der Zusammenstellung sämmtlicher Quellenzeugnisse erkannt werden muß, kein formelles Institut der Litisdenunziation kennt, daß vielmehr die Resultate wirklich praktische Geltung haben, die wir oben aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiteten. Ist diesem so, so ergiebt es sich von selbst, daß auch bei anderen recursorischen Fällen von einer formellen Litisdenunziation nicht die Rede seyn kann, vielmehr Alles nach den zur Sprache kommenden Verhältnissen zu beurtheilen ist.

§. 7.

Hypothese.

Vielleicht dürfte die Hypothese nicht gewagt seyn, daß auch in dieser Lehre, sowie in sehr vielen das römische Recht allerdings seinen Weg von dem formellen strengen Rechte zum vollständigsten Billigkeitsrechte zu machen gehabt hat, und daß gerade aus dieser allmähligen Entwickelung des materiellen Rechts aus der Form sich das Unsichere in den Quellenzeugnissen ergiebt. Wir haben ein mit der Evictionspräſtation verbundenes Institut, nämlich das der Gewähr für geheime Fehler, bei welchem wir einen ähnlichen Entwickelungsgang nachzuweisen im Stande sind. Der Verkäufer verkauft eine Sache, wie sie da ist, die offenen Fehler soll der Käufer selbst entdecken, von den geheimen ist's nicht einmal bestimmt, ob sie der Verkäufer kannte, und kannte er sie, so fragt es sich, ob er die Verbindlichkeit habe, dieselben anzugeben. Wie weit überhaupt eine solche Angabe geheimer Fehler erfordert ist, ist eine kasuistische Streitfrage, die die frühesten Moralphilosophen beschäftigt hat *), sowie es heute noch in dieser Beziehung engere und weitere Gewissen geben mag. Bei der Mancipation war es nach dem Rechte der XII. Tafeln Gesetz, daß man für

*) Cic. de off. III. Cap. 12. 13.

das, was man bei diesem feierlichen Acte aussprach (uti lingua nuncupasset), der Art einstand, daß das Lügen (infitiari) mit der Strafe des Doppelten belegt wurde; das infitiari und die Strafe scheinen eine wissentliche Unwahrheit vorauszusetzen. Damit wäre aber nichts geschehen gewesen, wenn man nur zu schweigen gehabt hätte, um sich von jeder Leistung zu befreien. Hier halfen sich die Juristen mit einer Fiction, indem sie die Verbindlichkeit für den Verkäufer unterstellten, die Fehler, die er wußte, zu erklären, nahmen sie das Schweigen über die Mängel dem Aussprechen deren Abwesenheit gleich, und so gewannen sie das Resultat, daß mindestens bei der Mancipation die wissentlich verschwiegenen, sowie die fälschlich abgeläugneten Fehler zur Entschädigung verbunden haben. Bei der Tradition mußte man sich mit einer Stipulation helfen. Diese beiden streng römischen Rechtsformen konnten dem Verkehr, namentlich mit Peregrinen nicht dienen, daher wurde das ädilitische Edict gerade da nöthig, wo der Marktverkehr die Ausländer herbeirief, und die Art, wie das Edict abgefaßt ist, läßt uns wieder einen Blick in die Weise, wie die Römer ihr Recht fortbildeten, thun. Unsere neuen Gesetzgeber würden durch ein Gesetz angeordnet haben, daß, wer einen Sclaven oder ein Pferd verkauft, für ihm bekannte oder unbekannte Mängel zu haften hätte; so verfuhren die Aedilen nicht; sie fanden die Civilformen der Nuncupatio bei der Mancipation und die Stipulatio bei der Tradition vor; sie geboten daher zu sprechen; es muß, sagten sie, jeder beim Verkaufe eines Sclaven oder Viehes die Fehler öffentlich aussprechen, die das zu verkaufende Object hat — pronuntiare — thut er es nicht, oder thut er es falsch, so mußte das id quod interest geleistet werden.[10]) Jetzt war aber immer noch nicht geholfen. Denn wie wollte man in jedem einzelnen Falle, wenn nichts gesprochen ist, das Wissen beweisen? Es gingen daher die römischen Juristen noch

---

[10]) Cic. ibid. Cap. 16. 17. — fr. 18. Dig. de aedilit. edict.

weiter, und unterstellten ein Wissen, so wie sie früher ein Sprechen unterstellten.[11]) Immer war aber die Entwickelung noch nicht vollständig; konnte man aber nicht aus der Natur des Kaufvertrags schon schließen, daß der Zweck ja nothwendig der sey, daß der Käufer die Sache ihrer normalen Natur gemäß gebrauchen könne? Ist dieselbe mit einem Fehler behaftet, der sie zu ihrem naturgemäßen Gebrauch untauglich machte, so war es allerdings, die Sache vom Gesichtspunkte des reinen Zufalls betrachtet, eine Frage, wer diesen zu tragen haben soll, der Verkäufer oder der Käufer? Die geringste Reflexion muß aber nachweisen, daß es die höchste Unbilligkeit wäre, den Käufer, der doch offenbar nicht gekauft hätte, wenn der Fehler erkannt gewesen wäre, denselben tragen zu lassen, und das Recht blindlings vom Factum des Verkaufs abhängig zu machen. Man entdeckte daher, daß schon ex natura negotii die Garantie für geheime Fehler prästirt werden müßten; und nun erst war der Geschäftspunkt frei, als man aus der actio ex empto das erreichen konnte, was vermittelst des ädilitischen Edicts erst durch eine eigene Klage zu erlangen war.

Kommen wir nun nach dieser Digression zu unserem Gegenstande zurück. Daß eine verkaufte Sache eine fremde sey, ist ebenfalls ein geheimer Fehler derselben.[12]) Die römischen Veräußerungsarten geben in ihrer Formel keine Gewähr für Eigenthum; im Gegentheil ist es ja der Käufer, der bei der in jure cessio die Formel ausspricht: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, der Verkäufer verhält sich nur leidend, er contravindicirt nicht[13]); ganz so spricht bei der Auflassung durch Mancipation der Käufer dieselbe Formel aus; eine lingua

---

[11]) fr. 1. §. 2. Dig. ibid.

[12]) Die deutschen Specialgesetzgebungen zählen beim Vieh-, und namentlich Pferdeverkauf „gestohlen" zu den Hauptmängeln, die alle auf körperliche Mängel Bezug haben.

[13]) GAJUS Comm. II. §. 24.

nuncupatio über das Eigenthum des Verkäufers lag nicht in der Formel, wenn auch zugegeben werden muß, daß dem förmlichen Abschluß des Geschäfts eine Verabredung vorausging, die schriftlich abgefaßt und bei dem Geschäft verlesen wurde. Den indirecten Beweis finden wir bei Gajus in seinem zweiten Commentar §. 104. Nachdem er das Verfahren bei dem testamentum per aes et libram beschreibt und auseinandergesetzt hat, wie hier eine imaginaria venditio stattfindet, fährt er fort: Deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, ita vos Quirites testimonium mihi perhibitote; et hoc dicitur nuncupatio; et sane, quae testator specialiter iu tabulis testamenti scripserit ea videtur generali sermone nominare et confirmare. Hier wird daher, wie eine fingirte Veräußerung, auch eine fingirte Nunucupation wegen des nothwendigen testamentarischen Geheimnisses vorgenommen; bei Kauf und Verkauf war dieses Geheimniß nicht erfordert, es wurde lingua nuncupirt. So bei der Mancipation; wie aber bei cessio in jure eine Nebenstipulation, die sich auf das Eigenthum des Verkäufers bezieht, und vor dem förmlichen Abschluß des Geschäfts stattgefunden hatte, ist nicht leicht erkennbar; indem ja in jure die Sache gerade umgekehrt dargestellt wurde, als sie sich eigentlich verhielt, hier aber die etwa frühere Obligation des Verkäufers durch die Vindication des Käufers aufgehoben wird. Wurde die Tradition angewendet, dann gab es gewiß kein specielles Mittel, um für die Evictionspräſtation zu sorgen; daß aber die Evictionspräſtation im alten Rechte auch dann schon in der Natur des Kaufgeschäftes gefunden worden seyn sollte, wenn der Verkäufer selbst unschuldig war, das heißt, wenn er selbst nicht wußte, daß ihm das Eigenthumsrecht fehlte, das liegt nicht in der Natur der Sache; man könnte keinen Grund einsehen, warum alsdann in dem analogen Falle des ädilitischen Edicts diese actio ex empto nicht platzgreiflich gewesen wäre, was sie doch gewiß nicht war. Es kann daher in allen diesen Fällen nur, wie Gajus sich bei einer andern Gelegenheit ausdrückt,

pactionibus vel stipulationibus geholfen worden seyn; daß aber, wenn es einmal zur Stipulation kommen mußte, klar war

1) daß sich der Verkäufer die Litisdenunziation stipulirte;

2) der Käufer aber verlangte, daß jener ihn vertrete, und

3) die Gefahr des Rechtsstreites übernehme;

das liegt in der Natur der Sache; ohne dolos scheinen zu wollen, konnte der Käufer sich gegen die erste Bedingung nicht setzen, und ohne sich selbst zu schaden, und den Verdacht des Käufers auf sich zu laden, daher zu wagen, daß das ganze Geschäft rückgängig werde, konnte der Verkäufer gegen die beiden andern Bedingungen nichts einwenden. Nichts war daher natürlicher, als daß der Verkäufer die Verbindlichkeit der Rechtsvertheidigung und die Gefahr des Rechtsstreites übernommen; geschah aber dieses, dann natürlich haben wir das formelle Recht in der Stipulation. Das Recht konnte aber in seiner Fortbildung bei der Nothwendigkeit der Stipulation einer Evictionspräſtation so wenig stehen bleiben, als es bei der Nothwendigkeit der ädilitischen Klage bei dem analogen Fall stehen geblieben ist; man sah ein, daß der Verkäufer so gut für den geheimen Mangel des Nichteigenthums, wie für jeden anderen, der das essentiale negotii verletzt einzustehen hat; dann aber fiel jede Form weg, und die actio ex empto mußte immer zuläſſig bleiben, wenn auch im Falle einer stipulatio duplae eine solche Klage nicht zuläſſig wäre. [14]) *)

---

[14]) Die actio duplae scheint mit der actio ex stipulatu nicht identisch gewesen zu seyn; die einfache Stipulation gerade den strengen Inhalt nicht gehabt zu haben, wie die duplae stipulatio, wie dieses aus einer Vergleichung des fr. 52. (§. 1.) Dig. de evict. und Const. 8. Cod. h. t. hervorzugehen scheint. cf. W. Sell in den Jahrbüchern S. 196 seq. — fr. 16. §. 1. in fine. Paul. Rec. sent. II. 17. §. 1—3.

*) Die Idee, welche unserer Abhandlung und Erklärungsart zu Grunde liegt, ist wohl folgende. In einer Lehre, bei welcher wir einen durch Schriftsteller und Rechtsprechung vermittelnden Entwicklungsgang bemerken, — und wie viel Lehren im römischen Rechte giebt es,

bei welcher ein solches nicht zu beobachten wäre? können wir unmöglich verlangen, daß sämmtliche Träger der Wissenschaft und des Lebens immer einen gleichen Schritt gehalten haben. Das Gleichförmige, wenn wir so sagen dürfen, mathematisch Abgezirkelte kann jedem Gebilde nur durch äußeren Eindruck gegeben werden; was sich von Innen herausbildet, das wird immer eine freiere, wir möchten es eine wellenartige Form nennen, annehmen. So lange Lebensfrische da ist, werden wir daher immer die verschiedenen Repräsentanten des Gedankens und dessen Einkleidung auf verschiedenen Stufen finden, der Eine glaubt sich mehr, der Andere weniger von der Form entfernen zu dürfen. Ein Rechtsbuch, das sich nicht zur Aufgabe gesetzt, das vorhandene Gesammtmaterial zu einem abgeschlossenen Ganzen zu verarbeiten, das weniger einen neuen Bau aufzuführen strebte, als die Steine zusammentrug, und in einen abgesperrten Raum häufte, die zu diesem Bau gebraucht werden können, kann diese Einheit unmöglich vollständiger geben, als die Materialien sie darboten, die man zu benutzen hatte. Wenn Justinian noch mehr, als er es gethan, uns vorgerühmt, daß sich keine Antinomie in seiner Compilation finden lasse, daß durch scharfes Nachdenken man die Distinction schon entdecken werde, so mag er es von seinem Standpunkte aus erstrebt haben; erreicht hat er es nicht, und zwar nicht einmal das, was er erreichen konnte, offenbare Widersprüche zu vermeiden. Diese meinen wir auch nicht. Wir sprechen aber von jenen feinen Nuanzirungen, von jenen allmäligen Uebergängen, die ein Rechtsinstitut zu durchlaufen hat, wenn dasselbe aus den Fesseln steifer Formeln sich in das freiere Leben hinaus arbeiten soll, zudem, wo diese Entwicklung sich durch Jahrhunderte zog, und zu derselben Epoche das Werk mehrerer, durch keinen äußeren Organismus unter- oder zu einander geordneter Individuen ist, die übrigens, als sie ihre Gedanken niederschrieben, sich auch nicht entfernt einfallen ließen, daß dasjenige, was wie ein Lavastrom ihrem geistigen Leben lebendig entquoll, dereinst abgekaltet und todt zu einem unbeweglichen Gesetzesbild werde ausgemeiselt werden. Die Anwendung dürfte da am besten thun, wenn sie dem am meisten vorangebildeten Satze, der ja ohnehin alles Uebrige als mehr formell und unentwickelt hinter sich ließ, allein praktische Geltung zu verschaffen suchte, das nicht so weit Gehende, läge es vor oder nachher, als die Pendelschwingungen eines in Bewegung gesetzten Körpers behandelte, der seinen Ruhepunkt noch nicht wieder gefunden hat. Wollte man in Lehrbüchern und in den Sitzungssälen ein- für alle-

mal von einer solchen Ansicht ausgehen, so dürften sich hieran mehrere bedeutende Folgen knüpfen lassen.

1. Würde durch eine solche Behandlungsweise des Rechtes eine wahre Fortbildung vermittelt werden, man würde das Rechtsgebäude fortführen, statt daß man es nicht selten ewig einreißen, neu aufbauen und wieder von neuem niederreißen sieht.

2. Würde dadurch auf dem Weg der Wissenschaft sich eine allgemeine Gesetzgebung für das ganze deutsche Vaterland vorbereiten lassen.

Eins müßte noch hinzukommen, was gewiß billig ist, man müßte demjenigen, was die Praxis bis jetzt festgesetzt hat, ein selbstständiges Leben gönnen; wir meinen, sie müßte uns heilig seyn, nicht weil sie mit diesem oder jenem Texte des Corpus juris übereinstimmt, sondern, wenn es sich sogar nachweisen ließe, daß sie mit demselben im Widerspruch stünde, also nicht parceque, auch nicht quoique, sondern malgré. Sind wir denn stärkere Sclaven der Werke römischer Juristen, als diese selbst sich als Sclaven ihrer förmlichen leges, Plebiscite und Senatusconsulte gedacht haben? Es ist das römische Recht in Justinians Rechtskörper von uns als positives Gesetz angenommen; waren aber die römischen Gesetze den römischen Juristen nicht eben so Gesetz? Wenn Justinian im gesetzgeberischen Dünkel dem Leben, das ohnehin zu seiner Zeit erloschen war, seine herkulische Säule zu stellen vermeinte, konnte er dem frisch und kräftig in den Gang gekommenen Lebensstrom Stillstand gebieten? Das große Verdienst der historischen Schule besteht ohne Zweifel darin, daß sie durch Nachweise des Bildungsgangs des römischen Rechtes so recht anschaulich zu machen wußte, wie das eigentliche Recht sich unmöglich von oben herab decretiren lasse, wie umgekehrt es nur von Zeit zu Zeit der Gesetzgebung verstattet ist, demjenigen, was sich im Schooße der Wissenschaft und des Lebens ausgebildet hatte, einen festeren Körper zu verleihen. Soll aber dieser Fund fruchtbar seyn, so dürfen wir nicht da abschneiden, wo Justinian seine Parzenscheere angelegt hat; es muß uns bei jeder Lehre mehr auf die Idee ankommen, die sie durchgeistigt, als auf einen abgöttischen Buchstabendienst. Diese Gedanken, die hier vorerst nur hingeworfen werden, hätte der Schreiber dieses gerne bei Gelegenheit der zu Mainz abgehalten werden sollenden Versammlung zum Zwecke der Vorbereitung einer allgemeinen Gesetzgebung für das deutsche Vaterland zu entwickeln versucht, wenn nicht überhaupt das ganze Vorhaben darin vergriffen gewesen wäre, daß man, statt sämmtliche Juristen Deutschlands zusammen zu berufen,

nur einen Stand convocirt hätte, der zwar, mit dem Leben sehr vertraut, dasselbe kennen muß, dem es aber schon an Muse gebricht, einem solchen Werke die gehörige Zeit zu widmen.

Der Schreiber dieses, der seit der Vollendung seiner Studienzeit im Jahre 1821 als Anwalts-Gehülfe, und seit 1824 als Advocat-Anwalt bei den Gerichten der Provinz Rheinhessen den Entwicklungsgang des französischen Rechts in Theorie und Praxis zu beobachten Gelegenheit hatte, konnte von der Art, wie sich das römische Recht fortgebildet hatte, ein recht lebendiges Bild gewinnen. Gleich den XII Tafeln und den folgenden Gesetzen hat auch das französische Recht seine codificirten Gesetzbücher. Es war aber die Absicht gar nicht in diesen Büchern, das Rechtsleben zu bannen, troß dem, daß man der Rechtsprechung einen Cassationshof vorgesetzt hette, weil man wohl aus den eminenten Talenten, die diesen Hof zierten und zieren, keine Rechtspharisäer weder machen konnte, noch wollte. Schon die Artikel 4 und 5 dieses Gesetzbuchs, also lautend:

Art. 4. »le juge qui refusera de juger sous pretexte du silence, »de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, sera poursuivi »comme coupable de deni de justice.«

Art. 5. »il est defendu aux juges de prononcer par voie de dis-»position generale et règlementaire sur les causes, qui leur »sont soumises.«

geben den Geist an, in welchem man verfuhr. Indem man durch den ersten Satz dem Richter die freieste Interpretation ließ, ja demselben sogar das Recht förmlich einräumte adjuvandi juris civilis, vindicirt der zweite der angeführten Artikel der freien Wissenschaft ihr Recht, indem sie dem Richter verbot, durch ein förmliches Edict, wie er hinführo sprechen werde, sich und dem Leben eine Hemmung anzulegen. Also er darf nicht nur, sondern er muß für den gegebenen Fall ergänzen; er darf aber nicht erklären, daß er immer so entscheiden wird, wenn man auch gerade im Lande der Präjudicien, und solches ist Frankreich, dem Gesetzgeber zutrauen dürfte, daß er mußte, ja daß er sogar wünschen mußte, daß die Gerichte eine einmal gewonnene Ansicht nicht so bald aufgeben werden. Ein Anderes ist es aber, zum Zwecke der Herbeiführung einer gleichmäßigen Rechtsprechung, Präjudicien so viel als möglich festzuhalten, und ein Anderes, diesen Präjudicien gesetzliche Kraft beizulegen.

Unter der Napoleonischen Herrschaft finden wir wenig Entwicklung, im Gegentheil das Recht war despotisch, wie die Staatsverfassung; der Gesetzestext galt als eiserner Stab, mit welchem jedes Ankämpfen der Billigkeit — des prätorischen Rechts — her-

Anhang.

Es dürfte den Lesern dieser Zeitschrift nicht unangenehm seyn, die Grundsätze des französischen Rechts in dieser Materie kennen zu lernen.[15]) Dieses Recht behandelt die prozessualische Seite der

---

abgehalten wurde; kaum hatte sich aber der Frieden eingestellt, kaum zeigten sich überall junge Kräfte mit einer freieren Bewegung, so trat auch hier das Leben in seine vollen Rechte, das Recht wurde elastischer; der im Buchstaben gebundene Geist wurde seiner Gefangenschaft entledigt, und nunmehr finden wir eine weit verzweigte Literatur, welche die Kette der Zeiten wieder anzuknüpfen strebt; sie sucht die Quellen auf, aus welchen das Gesetzbuch floß, und räumt die Hindernisse weg, die sich dem Fortströmen entgegenstellen, Literatur und Rechtsprechung bewegen sich in ziemlicher Freiheit, und die Gesetzgebung ist es gewöhnlich, die hintenher kommt, und dem, was das Leben zu Tage gefördert, eine festere äußere Form verleiht.

[15]) In einer Zeit, die so viel gesetzgeberische Regsamkeit entwickelt dürfte unserem Bedünken nach die richtige Erkenntniß eines Rechtes, worunter mehr denn 36 Millionen Menschen leben, eines Rechtes, für dessen Ausbildung dermalen so unendlich viel geschieht, gewiß sehr wünschenswerth seyn. Wenn wir daher da, wo thunlich, bei unseren schriftstellerischen Versuchen auch die Grundsätze des französischen Rechtes entwickeln werden, so wollen wir durchaus nicht als Apostel dieses Rechts in unserm deutschen Vaterlande gelten; wer ein Apostel seyn will, muß ein Evangelium zu verkünden haben, und das sind und waren uns die französischen Gesetzbücher nie. Wie alles menschliche Werk haben dieselben ihre bedeutenden Mängel, Lücken und Fehler. Wie es aber Vielem in der Welt geht, ging es auch diesem Rechte, es ist bald maaslos überschätzt, bald ohne alle Kritik in den Koth getreten worden. Die politische Geschichte blieb auch der Beurtheilung nicht fremd; und bald war es nicht weniger ein falsch verstandenes Nationalgefühl, das sich spreizte und gegen dasselbe deklamirte. Wir finden, wenn das Nationalgefühl hier eine Berücksichtigung in Anspruch nehmen will, die Form verletzend, in welcher dasselbe in complexu und in seiner äußeren politischen Einkleidung hier und da noch auf deutschem Boden gilt, weil diese Form an eine Zeit der Erniedrigung erinnert, und dieser traurigen Epoche eine Wohlthat abzugewinnen scheint.

Gewährverbindlichkeit in eigentlichen Evictionsfällen im Civilgesetzbuch im Titel vom Verkauf [16]), im Titel von der Miethe [17]) und in der bürgerlichen Prozeßordnung [18]), dort in Beziehung

Was aber von dem Gewande gilt, kann von dem darin Verhüllten nicht gesagt werden. Die Grundsätze sind es, von denen es sich handelt. Da darf sich der Grundzug unseres Nationalcharakters mit Recht herausstreichen, der seinen Werth nicht in einer hermetischen, bauernstolzen Abgeschlossenheit gegen alles nicht auf vaterländischem Boden unmittelbar Erwachsene findet. Nur die Armuth, ist sie eine sogenannte ehrbare, hat falsches Schaamgefühl, bläht sich in ihrem durchlöcherten Mantel, und schmachtet lieber, ehe sie zugreift. Wer viel zu geben hat, der nimmt gerne, schon aus Zartgefühl gegen denjenigen, der von ihm empfängt. Daher dürfen wir keck nehmen, wo wir Gutes finden, wir bieten reichlichen Austausch; wer die Gegengabe verschmäht, schreibe es sich selbst zu; wir mögen also auch freimüthig und unbefangen vergleichen. Zu solcher vergleichenden Rechtspolitik gehört aber eine vollkommene Sachkenntniß; hier gilt ganz vorzüglich der Grundsatz : incivile est, nisi tota lege perspecta u. s. w., zu dieser soll der Anhang Material liefern.

16) Code civil art. 1640. La garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande.

17) Ibid. art. 1726 u. 1727. Art. 1726 : Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire.

Art. 1727 : Si ceux qui ont commis les voies de fait, prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède.

18) Code de proc. civ. art. 175—185.

Art. 175 : Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garan-

auf sämmtliche recursorische Fälle, und zwar unter der Rubrik: von den dilatorischen Einreden. Das französische Gesetzbuch

---

tie, sera tenu de le faire dans la huitaine du jour de la demande originaire, outre un jour pour trois myriamètres. S'il y a plusieurs garants interéssés en la même garantie, il n'y aura qu'un seul délai pour tous, qui sera réglé selon la distance du lieu de la demeure du garant le plus éloigné.

176 : Si le garant prétend avoir droit d'en appeler un autre en sous-garantie, il sera tenu de le faire dans le délai ci-dessus, à compter du jour de la demande en garantie formée contre lui; ce qui sera successivement observé a l'égard du sous-garant ultérieur.

177 : Si néanmoins le defendeur originaire est assigné dans les délais pour faire inventaire et déliberer, le délai pour appeler garant ne commencera que du jour où ceux pour faire inventaire et deliberer seront expirés.

178 : Il n'y aura pas d'autre délai pour appeler garant, en quelque manière que ce soit, sous prétexte de minorité ou autre cause privilegiée; sauf à poursuivre les garants, mais sans que le jugement de la demande principale en soit retardé.

179 : Si les délais des assignations en garantie ne sont échûs en même temps que celui de la demande originaire, il ne sera pris aucun défaut contre le défendeur originaire, lorsqu'avant l'expiration du délai il aura déclaré, par acte d'avoué à avoué, qu'il a formé sa demande en garantie; sauf, si le défendeur, après l'echéance du délai pour appeler le garant, ne justifie pas de la demande en garantie, à faire droit sur la demande originaire, même à le condamner à des dommages-intérêts, si la demande en garantie par lui alléguée se trouve n'avoir pas été formée.

180 : Si le demandeur originaire soutient qu'il n'y a lieu au délai pour appeler garant, l'incident cera jugé sommairement.

181 : Ceux qui seront assignés en garantie, seront tenus de procéder devant le tribunal où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils dénient être garants; mais s'il parait par écrit, ou par l'evidence du fait, que la demande originaire n'a été formée que pour les traduire hors de leur tribunal, ils y seront renvoyes.

182 : En garantie formelle, pour les matières réelles ou hypothecaires, le garant pourra toujours prendre le fait et cause du garanti, qui sera mis hors de cause, s'il le requiert avant le pre-

kennt eine bloße Streitverkündigung nicht [19]); es spricht immer nur von einem appeler en garantie, appeler garant, früher auch sommer garant, und versteht darunter die förmliche Klage, welche der recursorisch Berechtigte gegen den Rückverbundenen anstellt, und deren Intention immer alternativ gestellt ist, entweder zu vertheidigen, oder zu entschädigen; also ganz der Rechtsſprechung des Reichskammergerichts adäquat. Diese Prozeßart ist nicht erst durch die neuen Gesetzbücher eingeführt, sie findet sich schon in

---

mier jugement. — Cependant le garanti, quoique mis hors de cause, pourra y assister pour la conservation de ses droits, et le demandeur qu'il y reste pour la conservation des siens.

183 : En garantie simple, le garant pourra seulement intervenir, sans prendre le fait et cause du garantie.

184 : Si les demandes originaire et en garantie sont en état d'être jugées en même temps; il y sera fait droit conjointement sinon, le demandeur originaire pourra faire juger sa demande séparément : le même jugement prononcera sur la disjonction, si les deux instances ont été jointes; sauf, après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie, s'il y échet.

185 : Les jugements rendus contre les garants formels seront exécutoires contre les garantis. — Il suffira de signifier le jugement aux garantis, soit qu'ils aient été mis hors de cause, ou qu'ils y aient assisté, sans qu'il soit besoin d'autre demande ni procédure. A l'égard des dépens, dommages et intérêts, la liquidation et l'exécution ne pourront en être faites que contre les garants. — Néanmoins, en cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera passible des dépens, à moins qu'il n'ait été mis hors de cause; il le sera aussi des dommages et intérêts, si le tribunal juge qu'il y a lieu.

[19]) Die art. 614 und 1768 c. c. sind nicht hierher zu ziehen; sie legen dem Usufructuar und Vermiether die Verbindlichkeit auf, dem Eigenthümer Anzeige von den factischen Eingriffen zu machen, welche sich Dritte an der in Nutzgenuß oder Miethe befindlichen Sache erlauben, und sind nur eine Folge der den beiden Inhabern einer fremden Sache obliegenden Verbindlichkeit, sie vor Schaden zu bewahren. Dagegen ist die Interpretation der art. 1726 und 1727 nicht ohne Schwierigkeit, davon jedoch weiter unten.

der Ordonnanz von 1667 Tit. VIII. ganz so ausgebildet, wie dieselbe heute in der b. P. O. aufgestellt ist, und diese hat sich nur der bis zu ihrem Erscheinen schon über ein Jahrhundert vorher bestandenen Praxis angeschlossen. Schon Imbertus, ein französischer Jurist des 16ten Jahrhunderts, sagt in seinen zu Paris 1606 zuerst im Druck erschienenen institutiones forenses Gallicarum I. 20, Conclusion de requête formelle : qu'il face cesser le procés, autrement et à faulte de ce, qu'il soit condamné ès dommages et intérêts; die Folge dieser requête formelle beschreibt er : il est condamné de garantir, ou de faire cesser la poursuite où a faute de ce est condamné en tous les despans, dommages, et intérêts du demandeur en garement, eux, soufferts et soutenus, qu'il aura & souffrira a l'advenir. Er erkennt an, daß diese Praxis nur aus einem Mißverständniß des fr. 49. Dig. de judic. (5. 1), fr. 39. Dig. de evict. (21. 1), const. 1. Cod. ubi in rem actio (3. 19.) entstanden seyn kann, nimmt aber das Resultat als gallisches Gewohnheitsrecht auf. Bornier Conferences citirt in allem Ernst zu dem einschlägigen Artikel der Ordonnanz jenes erste Fragment.

Eine zu gehöriger Zeit angestellte Gewährschaftsklage hat die Folge :

1. daß das Gericht der Hauptsache auch für die eventuellen Entschädigungsansprüche vollkommen competent wird, vorausgesetzt, daß keine Incompetenz ratione materiae vorliegt.

2. Daß der Hauptkläger mit der Betreibung seines Rechtsstreites so lange einhalten muß, bis die Erscheinungsfrist für den Garantiebeklagten abgelaufen ist. In gewöhnlichen Fällen kann dieser Aufenthalt nur einige Tage ausmachen; es können aber Fälle vorkommen, wo diese Fristerstreckung gar nicht ohne Bedeutung ist. Wenn etwa der Gewährschaftsbeklagte in den Colonien jenseits des Caps der guten Hoffnung wohnt, in welchem Falle die Erscheinungsfrist ein volles Jahr dauert. Dieser Ver-

zug, der durch die Anstellung der Garantieklage bewirkt werden soll, giebt derselben dem Hauptkläger gegenüber die Form einer dilatorischen Einrede, und unter diesem Gesichtspunkte findet sich die Materie, — ob wohl passend? — in der Ordonnanz und nach ihr in der b. P. O. abgehandelt.

3. Daß nunmehr die beiden Rechtsstreite gleichzeitig verhandelt werden, und das Endurtheil in der Regel entweder die Hauptklage abweist, wonach die Garantieklage ohne Objekt erklärt wird, oder die Hauptklage zuerkennt, was denn, wenn die Garantieverbindlichkeit anerkannt oder gerichtlich entschieden ist, die Verurtheilung des Garantiebeklagten zur Folge hat.

a. Was die gehörige Zeit anlangt, so ist soviel im Gesetze deutlich ausgesprochen, daß, um die sub 2 dem Hauptkläger gegenüber bemerkte Wirkung hervorzubringen, die Klage in der gewöhnlichen Erscheinungsfrist von acht freien Tagen, mit einer Vermehrung von einem Tage für sechs Stunden Entfernung zwischen dem Wohnort des Haupt- und jenem des Garantiebeklagten, angestellt, und in derselben Frist dem Hauptkläger angezeigt werden muß, daß man eine solche Klage anstellen wird; diese einfache Anzeige bildet hier ausnahmsweise die Form, die fragliche dilatorische Einrede vorzubringen. Wird diese Frist versäumt, so kann der Hauptkläger mit der Verfolgung seines Rechtsstreites vorangehen, wodurch aber auch die Wirkung sub 3 des simultanen Prozesses von selbst verloren ist. Was aber die gehörige Zeit für den Garantiebeklagten ist, wie lange sich dieser das an und für sich incompetente Forum gefallen lassen muß, darüber enthält das Gesetz keine Bestimmung, und konnte auch nach dem beengten Gesichtspunkt, den es aufstellt, keine enthalten. So viel ist nun auch ohne weiteres klar, daß, sobald der erste Prozeß schon in der zweiten Instanz hängt, der Garantiebeklagte das jus revocandi domum hat, schon um deßwillen, weil ihm die erste Instanz nicht genommen werden darf; — in erster Instanz wird er sich dagegen das Procediren vor dem Forum der Hauptklage

so lange gefallen lassen müssen, als in der Hauptsache noch nichts vergeben ist, was in der Regel der Fall vor dem Endurtheile nicht sein wird, da selbst Interlocute den nach französischem Rechte urtheilenden Richter nicht binden, die Regel des fr. 29. §. 2. de evict. dürfte sohin zur Anwendung zu bringen sein: quolibet tempore, venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitum certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat.

b. Um dem Nachtheil entgegen zu wirken, der dem Hauptkläger durch diese dilatorische Einrede erwächst, sowie überhaupt durch die Theilnahme eines Dritten am Prozesse erwachsen kann, läßt der art. 180 cit. Einwand zu: si le demandeur originaire soutient, qu'il n'y à pas lieu a delai pour appeler garant, l'incident sera jugé sommairement.

Auf welche Gründe sich der Einwand stützen dürfe, darüber drückt sich das Gesetz nicht aus. Die Commentatoren, die uns zur Hand sind, führen alle den Fall an, wo aus den Verhältnissen hervorgeht, daß die ganze Behauptung: man wolle eine Gewährschaftsklage anstellen, sich nur als eine Chikane darstellt, um Zeit zu gewinnen; es wird also etwa eine Schenkung, oder auch ein oneroser Titel unterstellt, in welchem auf Gefahr und Kosten des Erwerbers acquirirt wurde, und kein factum doli articulirt werden kann.[19]) Sollten dieses aber die einzigen Fälle seyn? Wir haben schon bemerkt, daß die Artikel der bürgerlichen Prozeßordnung, die wir hier behandeln, nicht blos auf eigentliche Evictions-, sondern auf alle recursorischen Fälle berechnet sind. Nun dürfte man es bei den eigentlichen Evictionsfällen nicht unbillig finden, daß A der Hauptkläger den Termin, den B der Hauptbeklagte und Gewährschaftskläger dem C seinem Gewährschaftsbeklagten gestatten muß, sich gefallen zu lassen hat, indem, hätte das Geschäft zwischen B und C nicht stattgefunden, er selbst dem

---

[19]) art. 1627 bis 1629 c. c.

C diesen Termin hätte belassen müssen; anders ist es aber bei den einfachen recursorischen Fällen. A Gläubiger greift seinen Bürgen C, der in demselben Orte domicilirt ist, wie der Hauptkläger, auf Zahlung an, B der Hauptschuldner wohnt in Amerika; derselbe muß allerdings seinen Bürgen entschädigen.[20]), soll nun A mit seiner Hauptklage hingehalten werden können, bis C seinen Rechtsstreit mit B instruirt hat? Würde eine solche Verschleppung nicht gerade dem Bürgschaftsvertrag zuwider seyn, da A sich ja gerade einen Bürgen konnte bestellen lassen, um seinem Hauptschuldner nicht nachlaufen zu müssen? Wir glauben, daß in diesem Falle, sowie überall, wo der Zweck des Vertrags oder des Instituts, also in Handelssachen, im Executionsprozeß durch eine solche Weiterung geradezu, wenn auch im besten Glauben, vereitelt würde, der Richter den Termin abschlagen kann. Wir stützen uns auf die Natur der Sache und auf den Ausdruck des Gesetzes, indem es nicht heißt »qu'il n'y à pas lieu à appeler garant,« wodurch allerdings die Contestation allein auf den Grund des Rechts der Garantie beschränkt gewesen wäre, sondern »qu'il n'y à pas lieu à delai pour appeler garant,« also nicht blos das Rechtsverhältniß zwischen Garantiekläger und Garantiebeklagten, sondern auch jenes zwischen dem Letzteren und dem Hauptkläger ist in Betracht zu ziehen.[21]) Wirklich hat sich die Praxis in Rheinhessen gebildet, in Handelssachen die dilatorische Einrede nicht zuzulassen, wenn überhaupt dadurch ein unzweckmäßiger Aufenthalt für eine dringliche Hauptsache entstehen kann.

c. Neben diesem Rechte für den Hauptkläger von vornen herein der exceptio dilatoria entgegen zu treten, hat derselbe noch das weitere Recht, auch im Laufe der Instanz eine Trennung seiner Sache von der Gewährschaftssache zu verlangen, wenn sich

---

[20]) art. 2028. c. c.

[21]) A. M. ist Rodière de la procedure II. 68.

etwa die Vorfrage: an evictio praestanda sit, erst durch ein langes Beweisverfahren sicher stellen läßt, oder wenn bei andern als eigentlichen Evictionsfällen in accidentellen Verhältnissen, als in dem Tod des Gewährschaftsbeklagten, dem Abgang seines Anwalts u. s. w. ein Verhinderungsgrund, die Gewährschaftsklage fortzusetzen, sich ereignet[22]; daß aber die Disjunctionsfrage einen reinen Incidentpunkt zwischen den Hauptpartheien bildet, daher nicht erst der Garantiebeklagte hinzu zu rufen ist, ergiebt sich von selbst.

d. Auch der Garantiebeklagte kann sich dem ihm aufgedrungenen Forum widersetzen, wenn etwa die Hauptsache nur dicis causa eingeleitet wurde, um denselben seinen gewöhnlichen Richter zu entziehen.

e. Bis jetzt haben wir — abgesehen von den beiläufigen Bemerkungen — die Regeln über die recursorischen Klagen aus eigentlichen Evictionsfällen, und jene aus den übrigen recursorischen Fällen pari passu gehen lassen, wenigstens machen die bisher commentirten Artikel keinen Unterschied zwischen beiden. Nunmehr kommen wir auf einen sehr bedeutenden Unterschied. Das französische Recht unterscheidet schon in der Ordonnanz von 1667 zwischen dem Falle der garantie formelle, welche da eintritt, wenn die Hauptklage eine dingliche (und immobiliare) ist, und jenem der garantie simple, wo die Hauptklage auf einen Vertrag fußt[23]; in jenem Falle kann der Garantieverbundene den ganzen Prozeß übernehmen, und der Garantirte aus dem Prozesse scheiden, der nur auf seine Kosten weniger activen Antheil an den Verhandlungen nehmen, als gegenwärtig bei den Ver-

[22]) Ganz allgemein nimmt diesen Fall als einen Grund der Trennung an Rodière l. c. pag. 73., was aber kaum mit der Verfügung des art. 282 in Einklang zu bringen sein wird.

[23]) Die Richtigkeit dieser Gränzbestimmung hier nachzuweisen, namentlich die Untersuchung, wie es bei den sogenannten actions mixtes gehalten sein soll? würde uns zu weit führen.

handlungen bleiben kann, damit nichts vernachlässigt werde; nur wenn der Hauptkläger persönliche Ansprüche gegen den Hauptbeklagten zu verfolgen hat, als Früchteersatz, Entschädigung für Degradationen, die von ihm herrührten, kann dieser sich einer solchen Ausscheidung widersetzen. Das zwischen dem Vindicanten und dem Auctor ergangene Urtheil ist auch dem aus dem Prozesse getretenen Hauptbeklagten, dem Successor gegenüber rechtskräftig [24]); bei der garantie simple hat eine solche Vertretung, wie natürlich, nicht Statt. Der Grund dieser Unterscheidung läßt sich leicht einsehen: im Falle der garantie formelle ist der Gewährschaftsbeklagte wohl eben so gut der rechte Beklagte, als der heutige Besitzer, denn die Translation des Besitzes von jenem auf diesen ist für den Kläger ein actum inter alios; bei der garantie simple kann das Vertragsverhältniß zwischen den Hauptpartheien nicht auf andere übertragen werden, am wenigsten hat sich der Gläubiger einen andern Schuldner aufdringen zu lassen.

f. Wenn aber auch ein solches appeler en garantie nicht stattgefunden hätte, so wäre weiter nichts vergeben, als daß jetzt die Gewährschaftsklage im Forum des Beklagten angestellt werden müßte, daß der Vortheil einer gleichzeitigen Verhandlung, wie es sich von selbst ergiebt, verloren wäre, und daß nunmehr der Garantieverbundene sich gegen das ergangene Urtheil als ein actum inter alios mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln vertheidigen könnte, mit sogenannten except. juris sowohl, als except facti.

Der art. 1640 c. c. schließt mit der Verfügung, daß für diesen Fall die Evictionsverbindlichkeit aufhören solle, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande; also nicht qu'il possedait des moyens suffisants oder qu'il avait etc., sondern qu'il existait; daher selbst eine Kritik des bisherigen Prozeßgangs und Urtheils ist ihm gestattet; des moyens ohne

---

[24]) Eine Anwendung der Grundsätze des fr. 63. Dig de re judicata (42. 1.), fr. 29. §. 1. Dig. de except. rei jud. (44. 2.) und fr. 4. §. 3. Dig. de appell. (49. 1.).

Unterschied, ob es moyens de fait oder moyens de droit sind; und auch hier schließt sich das Gesetzbuch nur der in Frankreich bestandenen Interpretation des römischen Rechts an, die aus dem Mangel einer Litisdenunziation keine Sachfälligkeit folgerte. [25])

---

[25]) cf. FRANC. CALLET *) Commentarius ad tit. Cod. de evict. ad leg. VII. VIII. XVII. in MEERMANI thesaur. jur. civ. Tom. II. POTHIER de traite du contr. de vent. N. 109.

Bilden die Schlußworte des oben angeführten art. 1726. c. c. pourvu, que de trouble et l'empechement aint été denoncés au proprietaire, eine Ausnahme von der Regel, die im Texte aufgestellt ist?

Zachariä, Handbuch des französischen Civ.-Rechts 2ter Band S. 413 4te Aufl. umschreibt den art. 1726 also: „Ist der Miethsmann im Gebrauche der Sache von dritten Personen mittelst einer „das Eigenthum betreffenden Klage (action) gestört worden, „so ist er, vorausgesetzt, daß er den Eigenthümer von der Störung „unterrichtet hat, (denoncé) *) berechtigt, eine vertragsmäßige Verminderung, oder nach Befinden die Auflösung des Vertrags zu „verlangen, art. 1726." Die Note 8 fügt hinzu: „eine Ausnahme „s. in art. 1640." Dieser ausgezeichnete Kenner des französischen Rechtes setzt sohin im Falle des art. 1726 eine förmliche Klage voraus. Wie wäre aber dieser Artikel alsdann mit seinem nächsten Nachbarn, dem Art. 1727 in Einklang zu bringen, der den Fall eines entstandenen Rechtsstreites ganz anders behandelt? Derselbe sagt nämlich: »il doit appeler le bailleur en garantie.« Warum soll nun im Falle des art. 1726 die Evictionsverbindlichkeit nur auf eine verhältnißmäßige Verminderung des Miethzinses gehen, während die Garantieverbindlichkeit im Falle des art. 1727 ganz allgemein bestimmt ist? Warum behandelt Zachariä die Regel des art. 1640 als Ausnahme, dagegen das, was der art. 1726 aufstellt, als Regel?

DURANTON, Cours du droit francais XVII. copirt ohne jedes erläuternde Wort N. 69 und 72 die beiden Artikel, und fügt dem ersteren hinzu: toute fois le preneur ne perdrait pas son recours

---

*) Joh. Franz Calletius war Professor des Rechts zu Poitou in Frankreich, und lebte am Ende des 16ten Jahrhunderts. Dessen hier citirte Abhandlung erschien zuerst in Poitou 1627, ist elegant geschrieben, sehr gelehrt, und enthält viele Grundsätze, die wir im heutigen französischen Rechte wieder finden.

Der Artikel spricht nur vom Falle, wo der emptor in judic. victus den Garanten nicht herbeigerufen hat; die Rechtssprechung

---

en garantie pour privation faute par lui d'avoir denoncé le trouble dans ce delai, si ce defaut de denonciation n'avait en realité causé aucun préjudice parceque le droit etait incontestable et n'a nullement dependu de ce retard. L'article 1640 fournirait un puisant argument pour le decider aussi. Auf diese Art wird man mit dem präcisesten Texte »pourvuque« leicht fertig.

Troplong, der sonst so scharfsinnige und gründliche Jurist, unterstellt ebenfalls in seinem Commentar über den einschlägigen Titel ad h. art. bei beiden art. 1726 und 1727 einen sogenannten trouble judiciaire; es ist uns aber nicht klar geworden, wie er die Fälle der beiden Artikel 1726 und 1727 unterscheidet, er sagt allerdings Nr. 278 : »l'art. 1726 est redigé sans precision, il faut en »convenir.« Diesen Vorwurf muß sich sein jüngerer Bruder ebenmäßig gefallen lassen; indem er N. 281 Not. 2 Zachariä citirt, schließt er diesen §en : si cependant le preneur parvenait à demontrer, qu'il n'avait aucun moyen de faire cesser le trouble, il cesserait d'être responsable. (art. 1640.)

Folgende Erklärung dürfte die Schwierigkeit lösen. Pothier, dem die Redactoren des Code nacharbeiteten, hatte in seiner Abhandlung über den Miethvertrag N. 81 und 82 nur zwei Fälle unterschieden, entweder wo Dritte, ohne ein Recht zu behaupten, factisch den Miether stören, ihm die Fenster einschlagen, seine Weinberge ablesen u. s. w.; in diesem Falle schließt er den Rückgriff aus; oder Dritte klagen und bilden einen Rechtsanspruch, dann wird der Rückgriff gestattet; die erstere Störung nennt er trouble de fait, die andre trouble judiciarie. Die erste Redaction unseres Titels findet sich im bekannten Werk von Locré XIV. S. 317. Der jetzige art. 1725 bildete den art. 32. und lautete : Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble, que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée, sauf au preneur à les poursuivre en son nom, et à demander même s'il y a lieu une deminution de prix suivant ce qui est dit à l'article 70. Der art. 33 lautet bis auf eine unbedeutende Redactionsverbesserung ganz wie der heutige art. 1727. Dagegen finden wir art. 70, Si la fermier a été empeché de jouir d'une partie de fonds, le proprietaire lui doit un rabais proportionné sur le prix de ferme, pourvu que le trouble et l'empèchement lui fût denoncé. Im Staatsrath wurde nach Inhalt

mit ihrem Fortbildungsprincip setzt diesem Falle den gleich, wo es der Käufer zu gar keinem Prozesse kommen gelassen, weil er

---

der Protokolle bei Locré ibid. S. 340 auf den Widerspruch aufmerksam gemacht, den der art. 32 combinirt mit art. 70 enthält, derselbe zwar angenommen, jedoch unter Verwerfung des Satzes et a demander etc. So findet sich auch der art. 1725 in dem zum Gesetze erhobenen Project. In einer zweiten Redaction findet sich der art. 70 als art. 19 zwischen 18 und 20, die nunmehr die art. 1625, 1626 und 1627 bilden. Schon daraus ergiebt sich, daß der art. 1726 einen andern Fall als die trouble judiciaire entscheiden will; indem derselbe ja gerade zwischen beide Fälle des art. 1725 und 1727 eingeschoben ist, die ihrer Seits den N. 81 und 82 der Abhandlung von Pothier nachgebildet, diese Distinction geben sollten. Wir glauben daher, daß action in diesem Artikel nicht mit Klage, sondern mit Handlung zu übersetzen ist, wonach sich Alles lösen wird. Die beiden art. 1725 und 1726 setzen voraus, daß weder der Störer, noch der gestörte Miether eine Klage erhebt, und unterscheiden zwischen dem Fall, wo die Störung ohne Rücksicht auf ein behauptetes Recht unternommen wird, hier soll kein Rückgriff stattfinden, oder wo die Störung aus einer Handlung entspringt, die Jemand in der Behauptung eines Rechtes unternimmt, also etwa Jemand, der behauptet, ein Servitut zu haben, nimmt regelmäßig seinen Weg über das verpachtete Feld, er klagt nicht, er ist im Besitz, der Miether will auch nicht klagen; dann aber tritt ein Recht auf Verminderung des Miethzinses ein, indem der Miether sich ja bei der Störung beruhigt, aber natürlich muß er den Eigenthümer benachrichtigen, daß überhaupt ein solches Factum vorgegangen; hier handelt es sich sohin von keiner Litisdenunziation, denn es besteht hier gar keine lis, und wenn ihm die Entschädigung ohne Denunziation unbedingt versagt ist, so kann dies allerdings als eine poena negligentiae betrachtet werden. Dieser Fall war bei Pothier nicht vorausgesehen, und bildet keinen trouble judiciaire, aber doch einen trouble de droit, der offenbar anders, als der reine trouble de fait in art. 1725 zu behandeln war. Der art. 1727 unterstellt wieder zwei Fälle, entweder der gestörte Miether, etwa in der Meinung, es handle sich um reine voie de fait, tritt klagend auf, und nun wird ihm in judicio mit einem Rechte excipirt, oder er selbst wird gerichtlich belangt, hier tritt die Regel der gewöhnlichen Gewährschaftsklage ein, il doit appeler le bailleur en garantie; thut er es nicht und wird verurtheilt, so muß der Grundsatz

überhaupt einzusehen glaubte, er werde dennoch nichts gewinnen [26]), daher auch a fortiore dieselben Grundsätze einzutreten haben, wenn der Käufer Erbe des wahren Eigenthümers geworden ist [27]), wo er denn freilich den ganzen Vindicationsprozeß zu führen haben wird.

g. Nach französischem Rechte hat die Anstellung einer Garantieklage einen noch bei weitem größeren Einfluß auf die Stellung des Beigeladenen und des Hauptgegners im Rechtsstreite, als nach gemeinem Rechte; nichts desto weniger finden wir über die garantie simple keine Definition, es wird daher auch nach diesem Rechte der Grundsatz, den wir §. 5. sub Nr. 5. aufgestellt haben, seine Anwendung finden müssen. [28])

h. Wenn auch das Gesetzbuch von einer einfachen Denunziation nichts weiß, so fragt es sich, ob eine solche ohne alle Wirkung bleiben solle? eine Frage, die da von praktischem Interesse ist, wo eine Incompetenz ratione materiae für das Gericht der Hauptsache vorliegt, zum Beispiel ein Gerichtsbote

---

des art. 1640 um so mehr eintreten, als er durch seine Nachlässigkeit dem Vermiether, gegen den das Urtheil durchaus keine Rechtskraft hat, keinen Schaden verursacht, dieser auch aus demselben keinen Vortheil ziehen darf. Dieser Interpretation scheint auch Delvincourt cours de droit francais zu huldigen, der Tom. II. S. 97 Text seines Werkes action im art. 1726 ebenfalls mit voie de fait umschreibt.

26) cf. fr. 29. pr. D. h. t. Sir. 28. 1. 200. 29. 1. 243.

27) fr. 9. 41. §. 1. h. t.

28) Rodière l. c. faßt das Verhältniß etwas speciell, und nur mit Bezugnahme auf den Hauptkläger auf: »il peut soutenir aussi, que la garantie en supposant, qu'elle existe ne doit avoir aucun effet a son égard, parceque le defendeur a contracte avec lui personnellement et que le droit de ce dernier a la garantie nâit d'un contrat ulterieur.« Warum nicht auch in Bezug auf den Garantiebeklagten, der seinem natürlichen Richter entzogen wird?

oder Notar macht einen nichtigen Protest, der darauf hin von dem Handelsgerichte geladene Indossant beruft sich auf die Nichtigkeit und folgegerecht die Sachfälligkeit des Hauptklägers, das Handelsgericht ist aber offenbar incompetent, über die Entschädigungsklage gegen den Gerichtsboten zu entscheiden.

Wir glauben diese Frage mit nein beantworten zu dürfen. Daraus, daß das französische Recht dem Recursberechtigten die Befugniß ertheilt, mit der Streitverkündigung auch für den Fall dieselbe fruchtlos bleiben sollte, einen Antrag auf Verurtheilung zu verbinden, folgt nicht, daß, wenn der Berechtigte von diesem größeren Recht keinen Gebrauch machen will, oder wegen Incompetenz des Gerichts keinen machen kann, nunmehr die einfache in Verzugsetzung des Verbundenen, die Vertheidigung zu übernehmen, die er ja auch als Intervenient übernehmen kann, und in der Regel in Gefolge eines Vertragsverhältnisses, oder einer gesetzlichen Verbindlichkeit übernehmen muß, ohne alle Folge bleiben müßte, vielmehr dürften gerade jetzt die in den vorderen §§en entwickelten allgemeinen Grundsätze ihre Anwendung finden.[29]) Daß aber auch in einem solchen Falle mit der Denunziation eine förmliche Klage auf Uebernahme der Vertheidigung verbunden werden mußte, läßt sich nicht behaupten; denn bestand eine solche Verbindlichkeit, und ob diese bestand, ist ja das Gericht zu erkennen nicht competent, dann muß der Verbundene ohne geladen kommen, sobald er nur vom Rechtsstreite benachrichtigt ist, und bestand

---

[29]) cf. Callet s. c. Cap. II. in fin. : ex his vero hoc utilitatis colligendum est, quod si aliquis hodie simpliciter denuntiaret, neque actionem in id quod interest, pendente controversia principali intenderet, non propterea suo jure caderet, sed re evicta integram de evictione actionem, quia ad hunc producendam etiam hodie simplex denunciatio debet sufficere etiam si nihil protestetur, licet Rebuffus in Tract. de Dilat. art. 4. qu. un. num. 5. contrarium sentire videatur; imputet enim sibi venditor, qui denuntiatus ad judicium venire neglexit.

keine solche Verbindlichkeit, so wird dieselbe durch die förmliche Heranziehung zum Prozesse nicht geschaffen werden. Nichts desto weniger ist eine solche förmliche Hinzurufung nicht ohne Interesse, denn in diesem Falle verliert der Garantieverbundene auch das Recht, den bisherigen Prozeß einer nochmaligen Kritik zu unterwerfen, er muß sich die injuria judicis gefallen lassen; die einfache Denunziation bringt ihn aber schon um die Mittel, die er etwa in facto hätte suppliren können.

II.

Kann ein Ususfruct übertragen werden?

Von

Demselben.

Es gilt beinahe immer noch als Dogma in der Lehre vom Ususfruct, daß „der Usufructuar sein Recht zwar nicht durch Cession abtreten, aber doch die Ausübung einem Andern überlassen kann." [1] Das Recht der Nutznießung ist wesentlich der Art an die Lebensdauer des Trägers geknüpft, daß es dieselbe nicht überschreiten kann, überhaupt kann dieses Recht, weil es an die Person geknüpft ist, durch manche Ereignisse in der Person des Berechtigten zu Grunde gehen; soll also unser Satz nicht mehr ausdrücken, als daß, auf welchen Dritten das Recht des Nutznießers übertragen werden möchte, dasselbe dort nicht länger bestehen kann, als es bestanden hätte, wenn es bei dem ursprüng-

---

[1] Thib. P.=S. §. 611. Wen.=Ingenh. I. §. 145. Mackelbey § 281 drückt den Satz so aus: „Er darf die Ausübung des ihm zustehenden Nießbrauchs gegen Vergeltung, oder umsonst, einem Andern überlassen; das Recht des Nießbrauchs selbst ist aber unzertrennlich von seiner Person, er kann es dem Proprietar zurückgeben, aber auf keinen Dritten übertragen." Vangerow Leitfaden I. S. 675.

keine solche Verbindlichkeit, so wird dieselbe durch die förmliche Heranziehung zum Prozesse nicht geschaffen werden. Nichts desto weniger ist eine solche förmliche Hinzurufung nicht ohne Interesse, denn in diesem Falle verliert der Garantieverbundene auch das Recht, den bisherigen Prozeß einer nochmaligen Kritik zu unterwerfen, er muß sich die injuria judicis gefallen lassen; die einfache Denunziation bringt ihn aber schon um die Mittel, die er etwa in facto hätte suppliren können.

II.

Kann ein Usus fruct übertragen werden?

Von

Demselben.

Es gilt beinahe immer noch als Dogma in der Lehre vom Usus fruct, daß „der Usufructuar sein Recht zwar nicht durch Cession abtreten, aber doch die Ausübung einem Andern überlassen kann.“ [1]) Das Recht der Nutznießung ist wesentlich der Art an die Lebensdauer des Trägers geknüpft, daß es dieselbe nicht überschreiten kann, überhaupt kann dieses Recht, weil es an die Person geknüpft ist, durch manche Ereignisse in der Person des Berechtigten zu Grunde gehen; soll also unser Satz nicht mehr ausdrücken, als daß, auf welchen Dritten das Recht des Nutznießers übertragen werden möchte, dasselbe dort nicht länger bestehen kann, als es bestanden hätte, wenn es bei dem ursprüng-

---

[1]) Thib. P.-S. §. 611. Wen.-Ingenh. I. §. 145. Mackeldey § 281 drückt den Satz so aus: „Er darf die Ausübung des ihm zustehenden Nießbrauchs gegen Vergeltung, oder umsonst, einem Andern überlassen; das Recht des Nießbrauchs selbst ist aber unzertrennlich von seiner Person, er kann es dem Proprietar zurückgeben, aber auf keinen Dritten übertragen.“ Vangerow Leitfaden I. S. 675.

„verbleibt, und wenn das Recht des Nutznießers aufhört, der „Usufructus an den Proprietar zurückkehrt, als wenn kein Kauf „noch Schenkung geschehen wäre." Der Usufructuar besitzt ein dingliches, vom Einflusse des Eigenthümers und eines jeden Dritten unabhängiges Recht. Warum er dieses dingliche Recht als solches nicht auf einen Andern soll übertragen können, und zwar mit der Wirkung, daß der Erwerber Jedermann gegenüber selbstständig dieses Recht schützen und wahren könne, dafür läßt sich ein innerer Grund nicht finden; denn daß das Recht an die Lebensdauer des ersten Constituenten geknüpft ist, rechtfertigt diese anomale Schlußfolgerung nicht. Man ist sohin zu fragen berechtigt, ob diese Sätze durch unsere Quellen als gerechtfertigt erscheinen. Uns will es unmasgeblich vorkommen, als wenn, weit entfernt, eine solche Anomalie zu bestätigen, die Quellenzeugnisse gerade das Gegentheil nachwiesen.

ULPIAN lib. 17 ad Sabinum [5]):

> Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest.

Ganz so

frag. Vat. §. 4:

> Usumfructum locari & venundari posse a fructuario nulli dubium est.

JULIANUS lib. 1. ex Minicio [6]):

> Cui ususfructus legatus est, etiam invito herede, eum extraneo vendere potest.

Wenn in diesen und mehreren anderen Stellen die locatio ususfructus von der venditio ususfructus speciell unterschieden wird, so sind wir wohl berechtigt, die emptio venditio ususfructus gerade so von der locatio conductio zu unterscheiden, wie wir auch die emptio venditio rei von der locatio conductio rei

---

[5]) Frag. 12. §. 1. Dig. de usufr. (7. 1.)

[6]) Frag. 61. ibid.

unterscheiden; wir werden im ersteren Falle dem Emptor ein selbstständiges dingliches, mit eigener Klage gegen jeden zu schützendes Recht zuschreiben, und dem Conductor eben nur ein persönliches, nur gegen den Locator mit der persönlichen Obligationsklage versehenes Recht anerkennen; es dürfte dagegen willkührlich scheinen, den emptor usufructus wie einen locator behandeln zu wollen. Was aber die Sache noch sicherer stellt, daß man nämlich den Usufruct ohne weiteres mit reellem Effect, versteht sich unter der seinem Wesen anklebenden Modification veräußern könnte, ist das Zeugniß Marcian's, daß man ein solches Recht sogar verunterpfänden konnte.

Marcianus lib. sing. ad Formulam hypothecariam [7]:

> Uususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quæsitum est, sive dominus proprietatis convenit, sive ille qui solum usumfructum habet, scribit Papinianus lib. undec. responsorum tuendum creditorem.

Ein Unterpfand, das dem Gläubiger nur das Recht geben würde, im Falle der dist. pign. ein persönliches Recht zu ertheilen, wonach der Schuldner gar nicht verhindert wäre, seiner Seits ebenfalls dieses persönliche Recht einem Andern zu übertragen, wäre doch wohl ein etwas sehr precäres Recht, wenigstens als Hypothek möchte ein solches nicht dienen können. Hiermit übereinstimmend finden wir auch den Satz ausgesprochen, daß der Tutor einen seinem Pupillen zustehenden Usufruct nicht alieniren könne [8]; hätten die römischen Juristen eine solche alienatio

---

[7]) Frag. 12. §. 2. Dig. de pign. (20. 1.)

[8]) Frag. 3. §. 5. Dig de rebus eorum qui sub tutela : nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit ususfructus pupilli. Also nicht nur der Tutor kann keinen Usufruct constituiren, sondern er kann den constituirten auch nicht alieniren; beide Verhältnisse, Constitution und Alienation, sind auf eine Stufe gestellt. Daß eine solche emptio venditio ususfructus, so wie die pignoris datio nur durch Tradition geschehen konnte, ist klar, und daß ein durch Tra=

nur als eine Verpachtung angesehen, so würden sie es dem Vormunde sine decreto so wenig verboten haben, als sie ihm die Verpachtung überhaupt versagten; wenn aber die Alienatio sich wirklich von der Verpachtung unterscheiden soll, so muß das Unterscheidungsmerkmal gerade darin gefunden werden, ob das dingliche Recht selbst oder nur die Benutzung desselben übertragen wurde. Wenn daher die Quellen offenbar von einem emptor, von einer alienatio ususfructus sprechen, wenn dieselbe ihrem ganzen Inhalt nach das Recht selbst als Gegenstand des Uebertrags betrachten, so fragt es sich, worauf stützt sich die mehr oder weniger in ihrer Consequenz dargelegte entgegenstehende Ansicht?

Wir kommen hier auf den bekannten §. 3. Inst. de ususfr. (2. 4), der sich dahin ausspricht:

> Finitur autem ususfructus morte usufructuarii et duabus capitis deminutionibus maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur), vel ex contr. rel.

Die unterstrichene Stelle soll unsern Satz rechtfertigen; dieselbe handelt nicht ex professo von den Befugnissen des Usufructuars, sie zählt vielmehr einzig und allein die Beendigungsarten des Nutznießungsrechts auf; wäre es nicht schon darum ganz

---

dition constituirter Usufruct durch prätorische Rechtsmittel geschützt wurde, sagen uns fr. 11. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2). — fr. 25. §. 7. de usufruct. (7. 1). — fr. 1. princ. quib. modis ususfruct. amit. (7. 4) deutlich; daß dem Proprietar gegenüber die exceptio usufr. vend. et trad. zulässig war, geben die Schlußworte des fr. 12. §. 2. Dig. de pign. (20. 1) an die Hand; daß aber auch diese Rechtsmittel nur dem Usufructuar zugestanden haben sollten, der ihn in nicht streng römischer Form vom Eigenthümer erworben, und dieselbe Form zu demselben Zwecke und mit demselben Erfolg nicht hätte gebraucht werden können, wenn der Usufructuar selbst sein Recht weiter verkaufte, davon läßt sich kein Grund einsehen.

eigen, wenn im Vorübergehen ein Satz ausgesprochen wäre, über dessen nähere Bedeutung und Anwendung durchaus sich in den Quellen auch keine weitere Andeutung mehr findet? Wir finden in der oben angeführten Stelle den Ausdruck concedere, wir finden vendere, venundari; hätte es nicht der Mühe gelohnt, daß uns angegeben worden wäre, in welchem Falle ein Vendere und in welchem ein Cedere vorliege? Es dürften schon diese Betrachtungen die Auslegung rechtfertigen, welche die herausgehobenen Worte der Art interpretirten: „der Uebertrag des Nutznießungsrechtes an einen Fremden hat auf die Beendigung desselben keinen Einfluß," mit anderen Worten: „es kann ein solcher Uebertrag keine eigene Beendigungsart herbeiführen, weil Alles immer noch nach der Person des ursprünglich Berechtigten beurtheilt werden muß, was natürlich bei dem Uebertrag an den Proprietar anders ist," ein Satz, der in seiner heutigen Auffassung keine Unwahrheit aussprechen würde, sondern nur etwas, was sich von selbst verstünde. Eine beiläufige überflüssige, aber doch wahre und daher praktische Bemerkung darf uns aber schon an und für sich in unsern Quellen nicht befremden; sie kann es aber um so weniger, wenn wir dieselbe an ihren Urquell zurückführen, und kaum dürfte die Allusion auf die Stelle von Gajus Inst. II. §. 30:

> Ususfructus in jure cessionem tantum recipit; nam dominus proprietatis alii usumfructum in jure cedere potest, ut ille usumfructum habeat, et ipse nudam proprietatem retineat. Ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem, alii vero in jure cedendo nihilo minus jus suum retinet, creditur enim ea cessione nihil agi.

übersehen werden können.

Welche Bedeutung aber die Sache bei Gajus hatte, und wie sich eine Spur hiervon noch in dem bekannten frag. 66. de jure dotium erhalten hat *), darüber erlauben wir uns folgende,

*) Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebit, dotis

mindestens in diesem Zusammenhange noch nicht vorgetragenen Bemerkungen. [10])

Die Cessio in jure fingirt bekanntlich einen Prozeß, in welchem derjenige, der erwerben wollte, mit einer Scheinklage auftrat, nach welcher das zur Sprache kommende dingliche Recht ihm, und nicht demjenigen, von welchem er es erwerben wollte, gehörte, in welche Intention der, der übertragen wollte, entweder förmlich einwilligte, oder wozu er jedenfalls schwieg [11]); sie hat sonach nothwendig, wie die res judicata, eine doppelte Wirkung, eine negative und eine positive, jene, indem sie das Recht des frühern Eigenthümers zerstört, und zwar so, als hätte dasselbe nie bestanden, und diese, indem sie das Recht des Erwerbers so darstellt, als wäre es immerhin begründet gewesen. Wenn nun diese Cessio in jure von Seiten des Usufructuars dem Proprietar gegenüber vorgenommen wurde, so reichte die negative Seite aus, um das Verhältniß, welches man herbeizuführen wünschte, zu begründen; denn hatte der bisherige Usufructuar nie ein Recht an dem Usufruct gehabt, so war die zurückgebliebene Proprietät schon hinlänglich, um wieder die davon getrennt gewesene

---

nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit, post divortium circa cedendum jus mulieri: quoniam dicimus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habeat nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum. Quidam ergo remedii loco, recte putaverint, introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

[10]) Die bisherige Literatur über diese Stelle bei Vangerow a. a. O.

[11]) Gajus II. 24. In jure cessio autem hoc modo fit, aput magistratum populi Romani, vel aput praetorem provinciae; is cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, deinde postquam hic vindicaverit, — Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit.

Nutznießung mit sich zu vereinigen; wurde aber von dem Usufructuar diese Cessio in jure einem Extraneus gegenüber vorgenommen, so führte die Unterstellung, der bisherige Usufructuar hätte nie den Usufruct gehabt, nothwendig auch dazu, daß der neue Erwerber nichts erwerben konnte, indem er ja den Usufruct erwerben mußte, den der bisherige gehabt hat, und keinen andern. Daß daher die specielle Form dieser Uebertragungsart ganz und gar zu diesem Zwecke untauglich war, springt in die Augen; wer bisher Eigenthümer war, der konnte zugeben, daß er es nie gewesen, und daß es ein Anderer nunmehr als Folge dieser Erklärung werde; wer einmal erklärt hat, er sey nie Usufructuar gewesen, der hat eo ipso erklärt, der Nutzgenuß sey bei der Proprietät verblieben, es hing nun nicht mehr von ihm ab, einen Andern zum Usufructuar zu machen, der einen neuen Usufructus in seiner Person nicht anfangen konnte. Das Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionar blieb daher ungeändert. Wie stand es aber mit dem bisherigen Proprietar? Nehmen wir ein analoges Verhältniß. So lange die Erbschaft nicht angetreten war, bildete dieselbe eine durch einen Rechtsbegriff zusammengehaltene Einheit, und diese konnte wieder durch die fingirte hereditatis petitio von dem bisherigen Erben auf einen Andern mit der Wirkung übertragen werden, daß der Cedent behandelt wurde, als wäre er nie Erbe gewesen; war die Erbschaft angetreten, so zerfiel sie jetzt in ihre einzelnen Bestandtheile, die Gegenstände, die durch in jure Cessio übertragen werden konnten, gingen über; die Activforderungen gingen aber zu Grunde; die Erbschaftsschuldner lucrirten ohne ihr Zuthun, so wie sie auch nach dem Grundsatze: in legitimis hereditatibus non est successio durch einen reinen Verzicht des legitimen Erben lucriren mußten, weil wohl die übrigen Erbschaftsgegenstände durch die usucapio pro herede von jedem Dritten erworben werden konnten, nicht aber die Forderungsrechte, die nothwendig durch den Verzicht zu Grunde gehen mußten; war nun der Verzicht oder der non usus der Erbschaft für die Erbschafts-

schuldner von der Folge, daß ihre Schulden erlöschen, so mußte derselbe Erfolg durch die in jure Cessio, welche die Sache auf die Nichtantretung zurückführte, eintreten.[12]) Ganz so konnte man rücksichtlich des Usufructs raisonniren. Derselbe ging ohne Zweifel per non usum zu Grunde, der ohne Zuthun des Pro-

---

[12]) Gajus l. c. §. 35 : Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post aditionem vero si cesserit nihilo minus ipse heres permanet, ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero ejus hereditatis perinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas, ac si singula in jure cessa fuissent.

Gajus fährt fort und bemerkt, daß ein im Testamente eingesetzter Erbe sich der in jure cessio nicht bedienen könne, in dem vor der Adition dieselbe keine Wirkung hätte, nach derselben solche hier wieder die traurigen Folgen äußerte, die oben beschrieben wurden. Ueber den innern Zusammenhang dieses Unterschieds zwischen der hereditas legitima und testamentaria wagen wir folgende Conjectur.

Ein uns zum Erwerbe angebotenes Recht auszuschlagen, unbekümmert, was nach diesem Ausschlage aus demselben werde, ist wohl eben so einfach, als es einfach ist, dasselbe zu erwerben, und es alsbald einem Dritten gegen eine Gegenleistung oder unentgeldlich zu überlassen. Es können aber Fälle vorkommen, wo schon das momentane Innehaben eines Rechtes uns in so viele schwierige Verhältnisse verwickelt, daß uns der zweite Weg gar nicht conveniren kann, während es uns auf der andern Seite erwünscht seyn möchte, ein Mittel zu besitzen, ein uns angebotenes Recht ohne unsern Schaden einem Andern zuzuwenden, mit andern Worten, in favorem tertii zu verzichten, jedoch so, daß der eine Akt sich auch nicht ideell in zwei auflöße, einen Erwerb und einen Uebertrag. Ein solches Bedürfniß stellt sich ganz besonders bei einer uns angebotenen Erbschaft heraus, und mochte sehr häufig fühlbar geworden seyn, wenn bis zum Erscheinen des Sen. cons. Trebell. dem Intestaterben die Restitution der Erbschaft aufgegeben war, etwa gar zur Zeit, wo die Fideicommisse noch gar keine gesetzliche Wirksamkeit äußerten, die treue Hand jedoch ohne Gefahr ihren Auftrag zu

prietars fortgesetzte Nichtgebrauch von Seiten des Usufructuars bewirkte auch ohne dessen Zuthun eine Rückkehr des dismem-

erfüllen wünschte; ferner um den Grundsatz: in legit. hered. non est successio zu umgehen, oder wenn etwa ein fam. empt. den Gläubigern ein gewisses Procent zu geben bereit war, das dem Erben zu hoch schien, und auch dieser oder die Gläubiger es wünschten, daß das Geschäft zu Stande komme. Die Cessio in jure mit den von Gajus l. c. angegebenen, aus derselben wesentlich fließenden Folgen gewährte Alles, was zu wünschen war; der in jure Cedens wird ohne weiteres behandelt, als wäre er nie Erbe gewesen. War jedoch die Form gefunden, so mußte sich auch die Sache derselben aneignen lassen. Wo eine förmliche aditio hereditatis nothwendig war, um Erbe zu werden, da war diese entweder schon geschehen, der Quasicontract war vermittelst der feierlichen Erklärung kraft des Gesetzes ohne Wissen und selbst in Abwesenheit der Gläubiger geschlossen, und die daraus bezüglich der Erbschaftsschulden entstandenen Folgen konnten diesen gegenüber nicht mehr durch einen einseitigen Akt wieder abgewendet werden; war noch nicht angetreten, so stellte sich eine Disposition über die Erbschaft wieder als unmöglich dar; konnte man aber ohne bestimmte Formel, deren Wirksamkeit nach allen Seiten hin gesetzlich bestimmt war, und weder dies noch conditio zuließ, durch ausdrückliche einfache Willenserklärung oder stillschweigend durch Handlungen (nuda voluntate oder pro heredo gerendo) die Erbschaft erwerben, so war eine freiere Beurtheilung der Sache gegeben; der in jure cedens gerirte sich allerdings pro herede, aber diese Gestion mußte genommen werden, wie sie gegeben war, es durften in den einen deutlich sprechenden Akt keine zwei mit denselben denaturirenden Folgen hinein interpretirt werden. Der legitimus heres konnte nach dem Zeugnisse von Gajus II. 167 durch förmliche aditio sowohl, wie nuda voluntate und pro herede gerendo Erbe werden, daher ließ sich dem intentirten Geschäfte die Form der Cessio in jure aneignen. Der im Testamente instuirte Erbe scheint es aber in der Regel cum cretione gewesen zu seyn — Gajus ibid. §. 164: extraneo heredi solet cretio dari. — §. 165: Cum ergo ita scriptum sit: heres Titius esto adjicere debemus: cernito in centum diebus.*) — Zur Zeit, als die Usucapio pro herede noch galt, scheint ein solches um so nöthiger gewesen zu

*) cf. J. Gothofred. Com. ad L. un. Cod. Theod. de cret. vel bon. possession.

dritten Theiles des Eigenthums zum Hauptstocke, der fortgesetzte Verzicht verschaffte dem Proprietar Rechte, ohne daß eine Acceptation nothwendig geworden wäre; in der Cessio in jure lag ohne Zweifel ein solcher Verzicht, es lag daher die Ansicht nicht fern, daß nunmehr auch durch dieselbe dem Proprietar das Recht zufiel. Wenn man noch weiter bedenkt, daß, wenn trotzdem, daß die in jure Cessio gar nicht geeigenschaftet war, den Usufruct zu transferiren, dennoch diese Form gebraucht wurde, dieses nur im Gefolge eines Betrugs oder einer Collusion eintreten konnte, daß der Usufructuar simulirt hätte, er wäre voller Eigenthümer, und es handele sich nicht von einer Translation, sondern von einer Constitution dieses Rechtes, ein solcher Mißbrauch der Formen eigentlich eine billige Beurtheinng nicht verdiente. Nichts desto weniger scheint sich Gajus zur milderen Ansicht geneigt zu haben, creditur ea cessione nihil agi. Pomponius jedoch huldigte der strengeren Ansicht, und indem hier die venditio und locatio ususfructus der Cessio entgegengestellt wird, muß nothwendig bei dieser Stelle an eine Cessio in jure gedacht werden. Wenn dieselbe schließt: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat, so liegt hier im Zusammenhange nicht jene scharfe Unterscheidung zwischen Ueber-

seyn, also auch dem Intestaterben noch Zeit bleiben mußte, sich über Annahme und Ausschlagung zu entschließen, und bei längerem Warten die Usucapion eintreten konnte, es ihm aber gerade, weil er schon pro herede gerendo Erbe wurde, unmöglich war, etwa einstweilen die Erbschaftssachen zu sich zu nehmen, und dann erst zu berathen. Wenn die Cretio vielleicht später nicht mehr absolut nöthig war, so kann die Ausbildung der bon. poss. hier von bedeutendem Einfluß gewesen seyn; hat der eingesetzte Erbe in den ersten 100 Tagen diese nicht agnoscirt, so konnte der legitime schon jetzt seine bon. poss. entweder contra tabulas, oder welche andere, die ihm wäre kein Testament dagewesen, competirte, antreten, die freilich immer durch den Antritt der hereditas sine re hätte werden können. Ein cum cretione eingesetzter Erbe mußte aber förmlich adiren, so wie der bon. poss. förmlich agnosciren mußte, jede pro herede gestio

tragung des Rechtes und der Ausübung, sondern es soll darauf hingewiesen werden, wie im Gegensatz mit der Cessio in jure die Sache nicht mehr so anzusehen sey, als wäre der Mann nie Usufructuar gewesen, indem man sogar — namentlich wenn es durch eine locatio geschehe — annehmen könnte, daß das Recht immerwährend bei dem Manne noch fortbleibe, die Ehefrau aber blos die fructuum perceptio hätte.

Allerdings konnte auch der Gedanke auftauchen, daß bei jeder Uebertragung des Usufructs auf einen Andern, da doch immer das Recht in seiner Dauer nach den Ereignissen an der Person des Erstberechtigten zu bemessen ist, der Genuß des jetzigen Besitzers nicht geeigenschaftet wäre, den Verlust per non usum an den Proprietar zu verhindern, daß so gut wie der Tod, so auch der Nichtgebrauch desselben den Untergang des Rechtes herbeiführte; dieser Zweifel wird aber beseitigt vorzüglich durch denselben Marcian, der sogar die Verhypothecirung des Usufructus statuirte [13]:

Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, puta qui emit, qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium ejus gerit, plane illud interest, quod si vendidero usumfructum, etiam si emptor non utatur videor usumfructum retinere ....

Quia qui pretio utitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.

---

ist bis zur förmlichen Adition, eben so ohne Wirkung, wie ein förmliches Ausschlagen, er konnte sonach die cessio in jure zu dem angegebenen Zweck nicht brauchen. — Freilich wäre es noch unerklärt, warum der sine cretione eingesetzte Erbe sich der in jure cessio nicht bedienen konnte, vielleicht weil sich einmal der entgegenstehende Satz in früherer Zeit ausgebildet hatte, die Form aber auch nach dem, was sich in der Gesetzgebung rücksichtlich der Fideicommisse in der Zwischenzeit ausgebildet hatte, nicht mehr nothwendig war.

[13]) Frag. 38, 39, 40. Dig. de usufructu.

Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.

Wenn in dieser Stelle von einem uti nomine usufructuarii die Rede ist, so wird hier die Sache vom Gesichtspunkte des non usus aus gegriffen und das Verhältniß zwischen dem Proprietar und dem zweiten Besitzer gewürdigt; dem Proprietar gegenüber fruirt der letztere nomine usufructuarii. Das Resultat der bisherigen Untersuchung wäre folgendes:

1. Die beiden Stellen, die vorzüglich hier in Betracht kommen, stehen in keinem Widerspruch, was die praktische Anwendung angeht; die Institutionenstelle spricht als geltendes Recht aus, daß eine Uebertragung des Usufructs an einen Extraneus, so wie diese Cessio heute noch vorkommen konnte, durch venditio, locatio, donatio auf die Beendigungsart des Usufructs im Gegensatz mit der Cessio an den Proprietar keinen Einfluß habe; die Stelle aus Pomponius sagt uns dasselbe, wenn sie auch als historisches Recht für die Cessio in jure ein anderes Resultat jedoch nicht verbis dispositivis unterstellt.

2. Nihil agitur kann im Zusammenhange in den Institutionen nicht heißen, die Cession hat durchaus keine Wirkung, sondern wirkt im Gegensatz zur Cession in proprietarium keine Beendigung, womit auch nicht nothwendig die Paraphrase von Theophil im Widerspruche steht. Was eine Cession in anderer Beziehung wirke — Cession hier nicht als Species, sondern als Gattungsbegriff von Uebertragung genommen, wonach alle Arten als per venditionem, locationem, donationem u. s. f. darunter verstanden werden können — davon ist hier keine Rede, und darüber geben die mehrmals angeführten Pandektenstellen vollkommenen Aufschluß.

Anhang.

Dem sey wie ihm wolle, so scheint das fr. Recht hier dem Fortbildungsprincip zu huldigen, wenn dasselbe den Usufruct als dingliches Recht der Uebertragung, so wie der Verhypothecirung fähig erklärt:

art. 595. c. c.:

l'usufruitier peut jouir par lui même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit.

art. 2118:

Sont seuls susceptibles d'hypothèques 1° les biens immobiliers dans le commerce et leur accessoires réputés immeubles; 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

Daß, wenn im ersten Artikel die Uebertragung des Rechtes gestattet ist, dieses Recht kein größeres in der Hand des Cessionars werden könne, als es in jener des Cedenten war, daß es daher mit dem Tode des Letzteren, ja sogar mit dessen Capitis demninutio maxima zu Grunde geht [14]), versteht sich von selbst [15]), und wohl ganz vorzüglich nach den Principien dieses Rechtes, in welchem der Grundsatz: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet mit der durchgreifendsten Folgerichtigkeit anerkannt ist [16]); aber diese sich von selbst verstehende Modification abgerechnet, kann es auf den Ausdruck im Uebertragungsact nicht ankommen. [16]) Eben so wenig gibt es einen Grund, dem Käufer oder Schenknehmer des Usufructs selbstständige Klagen gegen Dritte zu versagen; indem der Text sich energisch dahin ausdrückt: vendre . . . ceder, son droit, und nicht blos l'exercice de son droit spricht er dem Cessionar dasselbe Recht, wie dem

---

[14]) art. 617 c. c.: l'usufruit s'éteint — par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier.
PROUDHON, traité des droits d'usufruct I. 15. II. 894. seqq. Zachariä Handbuch II. 13. 14.

[15]) C. c. art. 865, 930, 952, 954, 963, 1184, 1560, 1673, 2125.

[16]) art. 1156: on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt de s'arrêter au sens litteral des termes. Frag. 219. Dig. de V. O. (45. 1), frag. 168 de reg. jur. (50. 17.)

Usufructuar zu; dagegen wird der Pächter solche selbstständige Rechte nicht haben, wie auch der Pächter der Sache selbst solche nicht hat.

Auch nach französischem Rechte geht der Usufruct durch den Nichtgebrauch des Rechtes jedoch erst während dreißig Jahre verloren [17]), der Usufruct wird aber ganz nach dem Sinne der frag. 38, 39. 49 Dig. cit. bei dem Kauf und Verkauf durch den fortwährenden Genuß des Kaufpreises retinirt, daher durch den Nichtusus des Käufers nicht verloren gehen, wohl aber bei der donation. [18]) Wenn ein Dritter dagegen den Nutzgenuß usurpirt, so wird nothwendig mit der Verjährung der Klage des Usufructuars gegen den dritten Besitzer das Recht selbst auch dem Proprietar gegenüber zu Grunde gehen. Dieser hat sein Eigenthumsrecht zum Vortheile des Usufructuars beschränkt; steht diesem kein Mittel mehr zur Seite, das ihm eingeräumte Recht geltend zu machen, so liegt kein Rechtsgrund vor, warum der Eigenthümer nicht in sein volles Recht eintreten sollte. [19])

---

[17]) art. 617 : l'usufruit s'éteint . . . par le non usage du droit pendant trente ans. Also durch blosen non usus, ohne daß eine usucapio libertatis hinzukommen müßte, wie dieses auch wohl nach r. R. die richtige Ansicht ist.

[18]) Proudhon IV. 2107.

[19]) Mit dieser Ansicht stimmt auch Proudh. l. c. Nr. 2111 überein, jedoch nicht aus denselben Motiven.

III.

Was gemeinen Rechtens sey, wenn im Laufe einer Verjährungsfrist ein neues Gesetz über Verjährung gegeben werde?

Von

dem Hrn. Dr. **Aug. Herrmann**, Regierungsadvokaten zu Cöthen.

Nach allgemein anerkannten Principien des gemeinen Rechtes versteht es sich von selbst, daß, wenn ein neues Gesetz über Verjährung gegeben werde, es dann in Betreff der bei dessen Erscheinen schon der Vergangenheit angehörigen Verjährungen lediglich bei den bereits erworbenen oder verlorenen Rechten auch für die Zukunft sein Bewenden behalte. Eben so wenig unterliegt es einem Zweifel, daß die vor einem solchen neuen Gesetze noch gar nicht vorhandenen Verjährungsfristen lediglich nach dessen Bestimmungen zu beurtheilen seyen.

Allein, *wie verhält es sich, wenn während einer laufenden, also nach den bestehenden Gesetzen noch nicht vollendeten Verjährungsfrist ein neues Gesetz erlassen wird, welches hier modificirend oder aufhebend eingreift?* In der Beantwortung dieser Frage haben

Usufructuar zu; dagegen wird der Pächter solche selbstständige Rechte nicht haben, wie auch der Pächter der Sache selbst solche nicht hat.

Auch nach französischem Rechte geht der Usufruct durch den Nichtgebrauch des Rechtes jedoch erst während dreißig Jahre verloren [17]), der Usufruct wird aber ganz nach dem Sinne der frag. 38, 39. 49 Dig. cit. bei dem Kauf und Verkauf durch den fortwährenden Genuß des Kaufpreises retinirt, daher durch den Nichtusus des Käufers nicht verloren gehen, wohl aber bei der donation. [18]) Wenn ein Dritter dagegen den Nutzgenuß usurpirt, so wird nothwendig mit der Verjährung der Klage des Usufructuars gegen den dritten Besitzer das Recht selbst auch dem Proprietar gegenüber zu Grunde gehen. Dieser hat sein Eigenthumsrecht zum Vortheile des Usufructuars beschränkt; steht diesem kein Mittel mehr zur Seite, das ihm eingeräumte Recht geltend zu machen, so liegt kein Rechtsgrund vor, warum der Eigenthümer nicht in sein volles Recht eintreten sollte. [19])

---

[17]) art. 617: l'usufruit s'éteint . . . par le non usage du droit pendant trente ans. Also durch blosen non usus, ohne daß eine usucapio libertatis hinzukommen müßte, wie dieses auch wohl nach r. R. die richtige Ansicht ist.

[18]) Proudhon IV. 2107.

[19]) Mit dieser Ansicht stimmt auch Proudh. l. c. Nr. 2111 überein, jedoch nicht aus denselben Motiven.

Alle diese Gegensätze, die gemachten Unterscheidungen, die Bemühungen der Gelehrsamkeit und des Scharfsinns haben dazu beigetragen, diese Lehre mehr zu verwirren, als aufzuklären, haben ein wahres Chaos herbeigeführt, von dem es scheint, als werde es sich kaum zu einem geordneten, lichtvollen Ganzen zurückführen lassen.

Sucht man nach den Gründen für die Schwierigkeiten bei Beantwortung jener Frage, und die daraus hervorgegangenen Verschiedenheiten der hier aufgestellten Ansichten, so lassen sie sich unschwer auffinden.

Sie liegen zunächst in der eigenthümlichen Natur des Begriffes der Verjährung und seinem Verhältnisse zu andern Begriffen und Bestimmungen des gemeinen Rechtes. Dieses spricht sich, wenn auch nicht in bestimmten allgemeinen Regeln, jedoch durch die Entscheidung einzelner Fälle und die denselben zu Grunde liegenden rationes klar genug darüber aus, wie es gehalten werden solle, wenn unter der Herrschaft eines alten Gesetzes Rechte begründet seyen, unter der eines neuen dagegen zur Ausübung gelangen sollen.

Allein die in den Gesetzesstellen enthaltenen oder aus ihnen hergeleiteten Grundsätze beziehen sich eben nur auf diejenigen Fälle, in denen Rechte durch frühere facta und negotia begründet wurden. In den Bestimmungen über Verjährung dagegen liegt der Sinn, daß gewisse Rechte noch eine Zeit lang Jemanden zu Geltendmachung vorbehalten bleiben, nach dem Verfluß dieser Zeit aber zu Grunde gehen sollen. Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Begründetseyn und Vorbehaltenseyn von Rechten, und die Kunst, Grundsätze, welche für jenes gelten, auch auf dieses anzuwenden, — das ist es eben, was so großen Schwierigkeiten sowohl im Allgemeinen, als auch in Betreff der verschiedenartigen Gestaltungen und Combinationen einzelner Fälle unterliegt. Gleichwohl, vorausgesetzt, daß man sich an die Grundsätze des positiven Rechtes nach den Regeln der Interpretation anschließen, und nicht nach selbstgeschaffenen Ansichten oder

sich seither Gesetzgebung und Wissenschaft, und die von beiden abhängige Praxis weniger einigen können, als vielleicht in jedem andern Punkte. Nach dem Publications-Patente des Allgemeinen Preußischen Landrechtes sollen „in „Ansehung derjenigen Verjährungen, deren bisherige gesetzmäßige „Frist mit dem 1sten Junius 1794 noch nicht abgelaufen sey, „die Vorschriften des neueren Landrechts in allen Stücken „befolgt werden.“ Dieser Bestimmung gerade entgegengesetzt, stellt der Code Napoleon im 2281sten Artikel die Regel auf: „Verjährungen, welche zur Zeit des gegenwärtigen Titels schon ihren „Anfang genommen haben, sollen nach den alten Gesetzen beur„theilt werden.“ Die spätern Gesetzgebungen schließen sich mehr oder weniger bestimmt einem dieser beiden Gegensätze an.

Nicht minderer Streit der Ansichten herrscht auf dem Gebiete der Wissenschaft für diejenigen Länder des gemeiuen Rechtes, wo sich keine partikulargesetzlichen Bestimmuugen über diesen Punkt vorfinden. Auch hier sieht man bald das alte, bald das neue Recht als Norm gebend vorgezogen, bald auch Mittelmeinungen versucht, die bei genauerer Betrachtung nicht geringere Bedenken erregen, als jene beiden diametral einander entgegengesetzten Richtungen. Der Nachfolger hat die Ansichten seines Vorgängers mit Recht bekämpft, aber dabei übersehen, daß auch gegen die eigene Ansicht von einer andern Seite ähnliche Gründe geltend gemacht werden können, wie diejenigen waren, mit welchen er seine Gegner zu schlagen vermeinte. Es ist gegen die Meinung von der unbedingten Anwendbarkeit der alten Gesetze hervorgehoben worden: es könne auf solche Weise leicht die Absurdität entstehen, daß Jemand, der schon längere Zeit besitze, zum Zweck der Verjährung noch längere Zeit den Besitz ausüben müsse, als wenn er diesen erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes begonnen habe. Wider die entgegengesetzte Ansicht aber ist erinnert worden, daß sie leicht zu der Unbilligkeit hinführe, Jemanden, welcher noch einen längern Zeitraum zur Verfolgung seines Rechtes vor sich hatte, auf einmal dieselbe abzuschneiden.

Alle diese Gegensätze, die gemachten Unterscheidungen, die Bemühungen der Gelehrsamkeit und des Scharfsinns haben dazu beigetragen, diese Lehre mehr zu verwirren, als aufzuklären, haben ein wahres Chaos herbeigeführt, von dem es scheint, als werde es sich kaum zu einem geordneten, lichtvollen Ganzen zurückführen lassen.

Sucht man nach den Gründen für die Schwierigkeiten bei Beantwortung jener Frage, und die daraus hervorgegangenen Verschiedenheiten der hier aufgestellten Ansichten, so lassen sie sich unschwer auffinden.

Sie liegen zunächst in der eigenthümlichen Natur des Begriffes der Verjährung und seinem Verhältnisse zu andern Begriffen und Bestimmungen des gemeinen Rechtes. Dieses spricht sich, wenn auch nicht in bestimmten allgemeinen Regeln, jedoch durch die Entscheidung einzelner Fälle und die denselben zu Grunde liegenden rationes klar genug darüber aus, wie es gehalten werden solle, wenn unter der Herrschaft eines alten Gesetzes Rechte begründet seyen, unter der eines neuen dagegen zur Ausübung gelangen sollen.

Allein die in den Gesetzesstellen enthaltenen oder aus ihnen hergeleiteten Grundsätze beziehen sich eben nur auf diejenigen Fälle, in denen Rechte durch frühere facta und negotia begründet wurden. In den Bestimmungen über Verjährung dagegen liegt der Sinn, daß gewisse Rechte noch eine Zeit lang Jemanden zu Geltendmachung vorbehalten bleiben, nach dem Verfluß dieser Zeit aber zu Grunde gehen sollen. Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Begründetseyn und Vorbehaltenseyn von Rechten, und die Kunst, Grundsätze, welche für jenes gelten, auch auf dieses anzuwenden, — das ist es eben, was so großen Schwierigkeiten sowohl im Allgemeinen, als auch in Betreff der verschiedenartigen Gestaltungen und Combinationen einzelner Fälle unterliegt. Gleichwohl, vorausgesetzt, daß man sich an die Grundsätze des positiven Rechtes nach den Regeln der Interpretation anschließen, und nicht nach selbstgeschaffenen Ansichten oder

gar nach einem gewissen Takte der Billigkeit, ganz gegen die Aufgabe der juristischen Doctrin und Praxis, gleichsam ins Blaue hineinraisonniren, oder verfahren will; — sieht man sich genöthigt, die Grundsätze über das Verhältniß bereits begründeter, aber noch geltend zu machender Rechte, zu einem neu erschienenen Gesetze auch auf die vorbehaltenen Rechte, wie sie in der Verjährung vorkommen, mutatis mutandis analogisch zur Anwendung zu bringen.

Ein zweiter Grund der Schwierigkeit für die Beantwortung der obigen Frage liegt in der zwiefachen Richtung, die bei jeder Verjährung hervortritt, in der des Rechtserwerbens auf der einen Seite, welches für die andere Verlust nach sich zieht, und in der des Rechtsverlierens auf der andern, welches auf jener wieder Erwerb begründet, in der Verschiedenheit der Rücksichten, welche die verlierende und die gewinnende Seite für sich und in den Conflicten ihrer Rechte erfordern.

Gewöhnlich oder wenigstens sehr oft hört man von einer laufenden Verjährung, oder von der Dauer des Besitzes als eines Mittels, das Eigenthum zu erwerben. Solcher Bezeichnung scheint die Ansicht zu Grunde zu liegen, als sey das fortwährende Besitzen ein fortwährender Act des Erwerbens, wodurch das Eigenthum allmählig, also in zunehmendem Grade, auf den Besitzer übergehe, als könne man also z. B. nach Vollendung der halben Verjährungsfrist auch von einem halben Erwerb des Eigenthums, oder von Erwerb eines halben Eigenthums, eines Eigenthums zur Hälfte sprechen, die jedoch weder eine ideale, noch reale Theilung des Rechtes voraussetzen würde. Abgesehen davon, daß eine solche Theorie gebildete Ohren beleidigt, und an die abentheuerliche, freilich noch immer nicht ganz begrabene Lehre vom deutschen Gesammteigenthum erinnert, so findet jene auch in den Quellen des gemeinen Rechtes keinen Anhalt, sondern nur Widerlegung.

» — usucapio est adjectio dominii per continuationem

possessionis temporis lege definiti," heißt im fr. 3. de usurpat. est usucap. (41. 3), sehr bezeichnend adjectio, nicht acquisitio.

Bis zum letzten Augenblick vor Vollendung der festgesetzten Frist bleibt der Usucapient nur Besitzer, eben so, wie bei deren Beginn. Er hat nur die interdicta, höchstens eine actio Publiciana in rem, welche eben auch nur eine Besitzklage ist, zum Schutze seines Rechtes, aber keine rei vindicatio. Diese erhält er erst dadurch, daß er die gesetzlich festgesetzte Zeit besessen hat. Also durch das Besessenhaben, nicht durch das Besitzen erwirbt der Usucapient plötzlich und ex abrupto, nicht in allmähliger Uebergabe das Eigenthum der ersessenen Sache; und man sollte darum in genauer Terminologie nur von einer laufenden Verjährungsfrist, von einem Laufe der Frist, welche jeder Verjährung vorhergehen muß, aber nicht von einer laufenden Verjährung sprechen. Wenn also im Laufe dieser Frist ein neues Gesetz über Usucapion erscheint: so kann dasselbe in Betreff des Eigenthumserwerbs durch den Usucapienten zu einem jus delatum oder acquisitum desselben gar nicht in Widerspruch treten, und darum auch nicht ein solches verletzen. Mag also das neue Gesetz die Verjährungsfrist verlängern oder verkürzen, oder mag es sonstige neue Bedingungen für die Verjährung vorschreiben, oder auch die Ersitzung für die besessene Sache als ganz unstatthaft erklären: — von Seiten des Usucapienten wird man stets behaupten müssen, daß er sich jenem Gesetze ganz zu fügen habe, da er ihm nicht die Macht eines besondern Rechtes entgegen zu setzen vermöge; also daß jede bereits begonnene Usucapion an und für sich nur nach dem neuen, im Laufe der Ersitzungsfrist erlassenen Gesetze ihre richtige Beurtheilung finde.

Betrachtet man dagegen die Extinctivverjährung oder Verjährung schlechthin; so wird man eben so zugeben müssen, daß durch dieselbe entweder das Recht selbst, oder doch die mit demselben verbundene Klage nicht deßhalb allmählig verloren gehe,

weil man jenes nicht geltend mache; sondern daß man es urplötzlich verliere, weil man es innerhalb einer bestimmten Frist nicht geltend gemacht habe; daß man also bis zum letzten Augenblick vor Vollendung der Präscriptionsfrist noch unumschränkter Herr seines Rechtes bleibe. Allein gerade deßhalb trit bei dieser Verjährungsart derjenige, dessen Recht dabei auf dem Spiele steht, in ein ganz anderes Verhältniß zu dem im Laufe der Verjährungsfrist erlassenen neuen Gesetze, als der Usucapient bei der erwerbenden Verjährung. Es kann hier der Fall eintreten, daß Jemand, welcher seither unterließ, sein Recht geltend zu machen, weil er der Ueberzeugung lebte, es sey dazu immer noch Zeit genug, sich auf einmal, wenn das neue Gesetz sofort für ihn zur Wirksamkeit gelangen soll, diese Verfolgung seines Rechtes abgeschnitten sieht, — abgeschnitten wider offenbare Rücksichten der Billigkeit, die, wie bald nachher gezeigt werden soll, selbst im positiven Rechte ihre Anerkennung gefunden haben. Hier könnte man also versucht werden, gerade die entgegengesetzte Ansicht von der unbedingten Geltung des alten Gesetzes als Norm für die bereits begonnene Verjährungsfrist und darum für die Verjährung selbst als die allein richtige anzunehmen.

Gleiches gilt sogar für die erwerbende Verjährung, wenn man sich auf die Seite des Verlierenden stellt. Man nehme beispielsweise folgenden Fall: Es läßt Jemand einen Andern bereits länger als drei Jahre in dem Usucapionsbesitz einer Sache, welche dieser Letztere cum bona fide und ex justo titulo erworben hat, obwohl der wahre Eigenthümer weiß, daß er diese Sache vindiciren dürfe, weil er überzeugt ist, er könne ja seine Rechte immer noch klagend verfolgen, da die Verjährungsfrist für diese Sache gesetzlich auf zehn Jahre festgesetzt worden sey. Jetzt erscheint ein neues Gesetz, wodurch diese Verjährungsfrist auf drei Jahre reducirt wird. Für diesen und ähnliche Fälle das neue Gesetz anzuwenden, scheinen eben dieselben Rücksichten der Billigkeit zu verbieten, wie bei der Extinctivverjährung. Dagegen ergab sich nach dem Obigen, daß bei der Usucapio auf

Seiten des Usucapienten nur das neue Gesetz zur Anwendung kommen dürfe. Aber welche Rücksicht verdient hier den Vorzug, die auf den Erwerbenden, oder die auf den Verlierenden? Welches Gesetz also soll vorzugsweise zur Anwendung kommen, das alte oder das neue?

Diese Gegensätze hat man nicht immer in ihrer Gesammtheit übersehen, sondern sich bald an diese, bald an jene Seite gehalten, und danach natürlich einseitige Regeln aufgestellt. Noch mehr, man hat nach allgemeinen Regeln gesucht, ohne die besondern Verhältnisse zu beachten, in welche ein neues Gesetz nach der Natur seines Inhaltes über Verjährung zu einer bereits angefangenen Verjährungsfrist treten kann. Man hat nicht gehörig unterschieden, ob das neue Gesetz die Verjährung überhaupt für unzulässig erklärt, oder erst einführt, oder ob es modificirende, in Betreff der Dauer der Verjährungsfrist oder der jeder Verjährung zu Grunde liegenden Bedingungen abändernde Bestimmungen enthält; ob es ferner durch seine Anordnungen die Rechtsverfolgung noch zuläßt, oder dieselbe plötzlich abschneidet. Und doch bieten alle diese verschiedenen Verhältnisse auch verschiedene Gesichtspunkte der rechtlichen Beurtheilung dar, und, was für das eine gilt, muß deßhalb keineswegs auch für die andern gelten. Je nachdem man aber einseitig ein einzelnes dieser Verhältnisse festhält, und danach Regeln auch für die übrigen bildet, muß man ebenfalls zu Halbwahrheiten und Einseitigkeiten hingelangen.

Dieser Zwiespalt der Ansichten und die daraus hervorgehende Unsicherheit des Rechtes muß in den weitern Folgen um so nachtheiliger wirken, je thätiger sich während der neuern und neuesten Zeit die Partikulargesetzgebung mehrerer Länder erwiesen hat. Es mag sich daher allerdings der Mühe verlohnen, die obige Frage mit möglichster Sorgfalt und Genauigkeit unter Benutzung der seitherigen Ansichten zu prüfen, und danach zu beantworten.

Zu diesem Zwecke wird es zunächst nothwendig, einige allgemeine Regeln voranzuschicken, die entweder noch gar nicht richtig

Ferner die Const. un. de rei uxor. act. 5, 13, wodurch Justinian die bekannten neuen Verordnungen über Zurückforderung der dos traf, wird ausdrücklich nur auf diejenigen Mitgiften bezogen, die nach Publikation dieses Gesetzes bestellt würden.

„Quae omnia in his tantummodo dotibus locum habere censemus, quae post hanc legem datae fuerint."

Bei den bereits gegebenen dotes sollte mit Berücksichtigung der Art und Weise, wie sie gegeben waren, der Unterschied zwischen der rei uxoriae actio und ex stipulatu actio fortbestehen.

Dieselbe Regel wird in anderer Beziehung ausgesprochen durch die Const. 29. in f. de testam. 6, 23. und Const. un. §. 15. de caduc. toll. 6, 51. Jene erfordert, theils um Zweifel zu beseitigen, theils zum bessern Gedächtniß für die Form der Testamente, daß durch den Testator, unter gewissen Bedingungen auch durch die zugezogenen Zeugen die Namen der Erben propria manu aufgezeichnet worden seyen; aber dieses Alles mit der ausdrücklichen Erklärung:

„Quae in posterum tantummodo observari censemus, ut quae testamenta post hanc novellam nostri numinis legem conficiuntur, haec cum tali observatione procedant. Quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia, pristinam secuta est observationem?"

Eben so heißt es in §. 15 der Const. un. über die Aufhebung der Caducität an den Fiscus:

„Locum autem huic legi constituimus in his defunctorum elogiis, quae posthac composita fuerint. Anteriores etenim casus suo marte discurrere concedimus."

Also die bereits aufgezeichneten letztwilligen Verfügungen sollten in ihren Folgen auch nach dieser Beziehung zufolge den ältern Gesetzen fernerhin beurtheilt werden.

Nicht minder bestimmt spricht sich Justinian in seinen Novellen aus. Besondere Wichtigkeit behauptet für den vorliegenden Zweck die Nov. 66: περὶ τοῦ τὰς γινομένας νέας

διατάξεις μετὰ τὴν ἐμφάνισιναὐτῶν μετὰ δύομῆνας ἄλλους κρατεῖν, welche die obige Regel in specieller Beziehung auf die citirte Const. 29. de test. und auf die bekannte Novelle 18 über die Größe des den Descendenten zu hinterlassenden Pflichttheiles mit allen Modificationen, aber auf das Bestimmteste geltend macht. Nach dem Eingange: Ἀεὶ τῶν νόμων ἡμῶν αἱ τῶν κινουμένων ὑποθέσεων παρέχουσιν αἰτίαι· πολλῶν γὰρ ἡμῖν προσελεύσεων γινομένων προφάσει τῶν ἡμετέρων διατάξεων, ἃς ἐπὶ ταῖς διαδοχαῖς ἐγράψαμεν (ὁποῖον δὴ τὸ περὶ τοῦ δεῖν οἰκεία χειρὶ τὸν διατιθέμενον τὸ τοῦ κληρονόμου γράφειν ὄνομα, καὶ αὖθις ἐκ πόσων οὐγκιῶν λογίζεσθαι χρὴ τὸν φαλκίδιον, ὃν τοῖς παισὶν οἱ γονεῖς καταλιμπάνουσιν, εἴτε ἐκ τριῶν, εἴτε κἂν ἐκ τεττάρων, εἴτε ἐκ πλειόνων; καὶ πολλῶν διὰ τοῦτο κινδυνευσασῶν διαθηκῶν ἐκπεσεῖν εἰς τὸ μὴ πληρωθῆναι τὰ ἐν αὐταῖς γεγραμμένα, διὰ τὸ κἂν εἰ γεγόνασιν οἱ νόμοι, πλὴν μὴ γνωσθῆναι ἢ τοῖς ἐν ταῖς ἐπαρχίαις, ἢ καὶ ἐνταῦθα οὔπω τυχὸν προτεθέντες, οὐδὲ γενόμενοι φανεροί) ἀναγκαῖον ψήθημεν τὰ τοιαῦτα νόμῳ βραχεῖ διορίσασθαι, — heißt es ferner Cap. I.: Θεσπίζομεν τοίνυν, ἐξ ἐκείνου τὰς ἡμετέρας διατάξεις τὰς ὑπὲρ διαθηκῶν κρατεῖν, ἐξ ὅτου καταφανεῖς ἐν κοινῷ γεγόνασιν, καὶ τὸν χρόνον ἐκεῖθεν αὐταῖς συλλογίζεσθαι, τουτέστιν ἐνταῦθα μὲν, ἐξ ὅτου πᾶσι κατέστησαν καὶ γεγόνασι φανεραί, ἐν ταῖς ἐπαρχίαις δὲ, ἐξ ὅτου πεμφθεῖσαι κατάδηλοι ταῖς μητροπόλεσι γεγόνασιν ἢ καὶ ὕστερον γένωνται, ἵνα μὴ τῇ τῶν νόμων ἀγνοίᾳ κατὰ τὸ πρῴην κεκρατηκὸς τὰς διαθήκας ἄνθρωποι τιθέντες καὶ πολιτευόμενοι δόξαιεν παραβαίνειν τὸν νόμον. Ὅπως δ᾽ἂν σαφέστερον ἔτι τὸ πρᾶγμα δηλωθείη, θεσπίζομεν, εἰ γραφείη τοιοῦτος νόμος, τοῦτον μετὰ μῆνας δύο τούτου δοθέντος αὐτῷ χρόνου κρατεῖν καὶ πολιτεύεσθαι εἴτε ἐπὶ ταύτης τῆς εὐδαίμονος πόλεως εἴτε ἐν ταῖς ἐπαρχίαις, μετὰ τὴν ἐμφάνισιν ἀρκοῦντος τούτου τοῦ χρόνου πᾶσι φανερὸν αὐτὸν καταστῆσαι, τῶν τε συμβολαιογράφων τὴν αὐτοῦ μανθανόντων δύναμιν, τῶν τε ὑπηκόων γινωσκόντων καὶ τὸν

τόμον τηρούντων· οὕτω γὰρ οὐδενὶ παντελῶς ἔσται παραίτησις τοῦ μὴ τὸν ἡμέτερον νόμον φυλάττειν. Οὐ γὰρ βουλόμεθα τὰς τῶν τελευτώντων ἀνατρέπεσθαι βουλήσεις, πᾶσι μὲν οὖν σπεύδομεν τρόποις κυρίας αὐτὰς καθεστάναι· τί γὰρ ἂν καὶ ἐγκαλοῖμεν τοῖς τὴν θέσιν τῶν ἡμετέρων ἀγνοήσασι διατάξεων, κἂν εἰ τυχὸν μετὰ βραχὺ τοῦ γραφῆναι τὸν νόμον, τόν γε ἀγνοούμενον ἔτι, προέλθοιεν αἱ διαθῆκαι, καὶ διὰ τοῦτο ἐν ταῖς διαθήκαις ἢ μὴ γραψάντων οἰκείᾳ χειρὶ τὸ τῶν κληρονόμων ὄνομα, ἢ τριούγκεον μόνον καταλιπόντων τῷ παιδὶ, ἀλλὰ μὴ τετραούγκιον, ἐν ᾧ τὸν νόμον η ου κεῖσθαι συνέβαινεν, ἢ καὶ κέμενον διὰ τὸ μήπω προτεθεῖσθαι δικαίως ἀγνοεῖσθαι; §. 4 : *οὐκ — ἀνατρέπεσθαι — τὰς τῶν τελευτώντων βουλόμεθαι διατυπώσεις, ἀλλὰ καὶ κυρίας ταύτας διὰ πάντων ἀναφαίνομεν. Ὥστε κἂν εἰ συνέγγυς ἐγράφησαν αἱ διαθῆκαι μετὰ τὴν θέσιν τοῦ νόμου, οὔπω δὲ ἔτυχον αἱ διατάξεις γενόμεναι καταφανεῖς, ἐπιζησάντων δὲ ἴσως τῶν διαθεμένων οὐκ ἠμέφθησαν, μενέτωσαν καὶ οὕτως αἱ ἐνστάσεις αἱ τὴν ἀρχὴν κατὰ τοὺς τότε φανεροὺς ὄντας γενόμεναι νόμους τὴν οἰκείαν ἰσχὺν ἔχουσαν, καὶ οὐκ ἐγκαλούμεναι, διότι καθ' ὃν ἐπεβίων χρόνον ἐκεῖνοι ταύτας οὐκ ἤμειψαν. — — ὥστε τὸ ἐξ ἀρχῆς γενόμενον ὀρθῶς ἐκ τοῦ μὴ ἀμειφθῆναι προσήκειν οὐχ ἡγούμεθαι ὕστερον ἐλαττοῦσθαι καθ' ὁτιοῦν ἢ ἀνατρέπεσθαι, ἀλλ' ἐν ἀῤῥαγεῖι μένειν, τῆς τότε παραστάσης τῷ διαθεμένῳ γνώμης ἰσχυρᾶς διαμενούσης· εἴη γὰρ ἂν τῶν ἀτόπων, τὸ γενόμενον ὀρθῶς ἐκ τοῦ μὴ γεγονότος ὕστερον ἀνατρέπεσθαι.*

Nicht weniger wichtig ist die Bestimmung der Nov. 22 *περὶ τῶν δευτερογαμούντων*, in deren erstem Capitel es heißt: — *τὸ πάντα μὲν, ὁπόσα ἐν τοῖς ἔμπροσθεν νενομοθέτηται εἴτε παρ' ἡμῶν εἴτε παρὰ τῶν πρὸ ἡμῶν, ταῦτα κρατεῖν ἕκαστον κατὰ τοὺς οἰκείους χρόνους, οὐκ ἔχοντα οὐδένα ἐκ τοῦ παρόντος νόμου καινισμόν, ἀλλ' ἐπὶ τῶν οἰκείων θεμάτων κρατοῦντα καὶ πολιτευόμενα, καὶ τὰς ἑαυτῶν ἐκβάσεις ἐκ τῶν ἤδη τεθέντων ἀναμένοντα νόμων, καὶ οὐδὲν κοινωνοῦντα τῷ παρόντι νόμῳ·*

τὸν δὲ παρόντα νόμον ἐκ τοῦ νῦν κρατεῖν ἐπὶ πᾶσι τοῖς ἐσομένοις θέμασι, καὶ ἐπὶ πάντων τῶν μετὰ ταῦτα γάμων εἴτε προτέρων, εἴτε τῶν ἐφεξῆς, ἐπί τε τῶν ὕστερον ἐσομένων εἴτε γαμικῶν κερδῶν, εἴτε διαδοχῶν ἐκ τῶν παίδων· καὶ γὰρ τὸ μὲν προσειληφὸς ἅπαν τοῖς ἤδη γεγραμμένοις καταλιμπάνομεν νόμοις, τὸ δὲ μέλλον διὰ τοῦ παρόντος ἀσφαλιζόμεθα νόμου, ὥστε εἴτε πρῶτοι, εἴτε δεύτεροι γεγόνασι γάμοι, εἴτε τοῖς γονεῦσι διαδοχοὶ τῶν ἐκ τοῦ πρώτου γάμου παίδων, εἴτε κέρδη ἐκ προικῴων ἢ προγαμιαίων δωρεῶν, ἢ ἐξ ἄλλης αἰτίας, εἴτε ὄντων ἐκ τοῦ δευτέρου γάμου παίδων, εἴτε καὶ μὴ, ἐν τοῖς ἔμπροσθεν χρόνοις ταῦτα παραφυλαττέσθω κατὰ τοὺς ἑαυτῶν ἕκαστα χρόνους· καὶ ἀπολαυέτωσαν οἵ τε ἄνδρες αἵ τε γυναῖκες τῆς ἔμπροσθεν νομοθεσίας, εἴτε πρὸς δευτέρους ἔλθοιεν γάμους, εἴτε καὶ μέχρι τῶν πρώτων ἔστησαν, εἴτε διεδέξαντο τοὺς παῖδας, εἴτε τι τῶν πάντων ἔπραξαν τοῖς προτέροις ἀκολουθοῦντες νόμοις· τοὺς γὰρ ἐκείνοις πιστεύσαντας καὶ οὕτως συμβαλόντας οὐκ ἄν τις αἰτιάσαιτο διὰ τὸ μὴ καὶ τὸ μέλλον ἠπίσταντο, καὶ τῷ φαινομένῳ μὲν καὶ τῷ πολιτευομένῳ παντάπασιν ἠπίστουν, τὸ δὲ οὔπω γενόμενον οὐκ ἐδεδίεσαν. (Ὥστε ἐκεῖνα μὲν ἅπαντα μενέτω τὴν ἑαυτῶν φυλάττοντα τάξιν.) ὁ δε ἐφεξῆς χρόνος ἐν τοῖς μετὰ ταῦτα τικτομένοις θέμασιν ἐν ἑνὶ πάντα τῷδε τῷ νόμῳ κείμενά τε καὶ συνηθροισμένα θεασάσθω, ὁπόσα περὶ τῶν ἐσομένων ὡς εἴρηται γάμων προσήκει κρατεῖν.

Nach Mittheilung dieser Gesetzesstellen mag es genügen, auf die Nov. 38. *περὶ τῶν βουλευτῶν* cap. 1 pr. und Nov. 99. *περὶ ἀλληλεγύων* cap. un. in f. einfach zu verweisen, wo sich ebenfalls klare, obwohl nur kurze Anordnungen auf Grund jener Regel vorfinden. Vgl. auch Nov. 48. cap. 1. in f.

Aus dem Digesten endlich gehört hierher fr. 1. pr. ad leg. Falcid. 35. 2, wo in der Formel dieses Gesetzes ausdrücklich angegeben wird, sie solle sich nur auf diejenigen Testamente beziehen, die post hanc legem rogatam gemacht würden.

Allerdings kommen in denselben Rechtsquellen auch abweichende, scheinbar widersprechende Bestimmungen vor. Diese jedoch erweisen sich bei genauerer Betrachtung als die Ausnahmen von der Regel, welche stets auf einem ganz singulären Grunde beruhen. Da namentlich die obige Regel durch eine Rücksicht der Billigkeit bedingt wird, so muß sie da wegfallen, wo diese Rücksicht nicht existirt, vorzugsweise dann, wenn Ansprüche, die unter der Herrschaft eines alten Gesetzes begründet wurden, unter der eines abweichenden neuen aber geltend zu machen sind, — nach dem letzteren geradezu als etwas Unbilliges, Unmoralisches oder Gemeinschädliches angesehen werden. Darin liegt offenbar der Grund, warum mehreren Gesetzesstellen rückwirkende Kraft beigelegt wird.

So der Const. 3. de pactis pignor. 8. 35., welche die lex commissoria bei Pfandcontracten aufhob: „Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt."

So der Const. un. de contr. judic. 1. 53, welche den Gerichts- und sonstigen obrigkeitlichen Personen unter gewissen Bedingungen die Annahme von Schenkungen, sogar die Eingehung mehrerer oneroser Contracte untersagt oder erschwert: „Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, nisi transactionibus, vel judicationibus sopita sint."

So der Const. 27. de usuris. 4. 53, welche den bisherigen Zinsfuß herabsetzte, und wo es im Eingange heißt: „De usuris jubemus, etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores, quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones scilicet illius temporis, quod ante eam defluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos."

Sogar in den Anordnungen der Const. 22. §. 1. de S. S. eccles. 1. 2. und der Const. 3. de quadriennii praescript. 7. 37, obwohl sie mehr willkührliche Privilegien zu ent-

halten scheinen, schimmert dennoch die moralische Rücksicht, dort in der Pietät für das Heilige und Kirchliche, hier in der Rücksicht für die Majestät und die Mühen des Princeps und der Augusta ganz unverkennbar durch.

Aber so wenig die obige Regel durch diese geringe Anzahl von Ausnahmen aufgehoben wird; so schwierig ist ihre Anwendung auf die vorliegende Frage. Alle die angeführten Fälle beziehen sich auf Ansprüche, die unter einem alten Gesetze begründet wurden, unter einem neuen aber zur Realisirung gelangen sollen. Nirgends findet sich eine directe Bestimmung über Fälle, in denen Rechte nach einen alten Gesetze vorbehalten wurden, so daß deren Verfolgung dem Berechtigten einen gewissen Zeitraum hindurch noch freistand, während diese nach einem neuen Gesetze entweder vor Abschluß jenes Zeitraums plötzlich abgeschnitten, oder doch auf eine kürzere Zeit als früher eingeschränkt wird. Gerade aber deßhalb ist es nothwendig, die obige Regel auch auf diese Fälle analogisch anzuwenden; und Dies zu thun, kann um so weniger Bedenken finden, da in den letzteren alle wesentlichen Bedingungen für die Anwendung einer Analogie jener Regel offenbar enthalten sind.

Danach wird sich folgendes Resultat ergeben: **Wenn Jemandem nach einem bereits bestehenden Gesetze keine Nachlässigkeit oder Versäumniß in Verfolgung seiner Rechte zur Last fällt; so wäre es unbillig, ihm durch ein neues Gesetz (natürlich ohne anderweitige wichtigere Gründe) solche Nachtheile zuzufügen, als hätte er sich jene Versäumniß, oder gar Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen. Daher muß für den Fall, daß ein neues Gesetz ihm für die Verfolgung seiner Rechte direct oder indirect abschneidet, das alte immer da zur Anwendung kommen, wo nicht ein besonderer Grund die Anwendung des neuen gebieterisch erfordert.**

Dritte Regel:

Die Verjährung ist aus Rücksichten des Gemeinwohls eingeführt durch die zu solchem Schritte nach ihren Hoheitsrechten befugte Staatsgewalt, um Festigkeit und Sicherheit der Rechtsverhältnisse zu bewirken.

Fr. 1. de usurpat. 41. 3:

Cajus libr. 21 ad Edictum provinciale: „Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium."

Vgl. fr. ult. pr. pro suo 41. 10 und fr. 2. pr. de aqua et aquae pluviae arcend. 39. 3.

Wenn es daher die Gesetze über Verjährung aus den angegebenen Rücksichten erfordern, so können und müssen selbst die wohlbegründetsten Privatrechte für aufgehoben gelten. Da jedoch die humanior sententia stets den Vorzug verdient: so sind jene Gesetze in dubio immer so zu erklären, daß dadurch die Rechte der Einzelnen am wenigsten beeinträchtigt werden.

Mit Festhaltung dieser aufgestellten allgemeinen Gesichtspunkte wird sich nun die obige Frage mit Sicherheit beantworten lassen. Es handelt sich also darum, wonach eine Verjährung zu beurtheilen sey, wenn während des Laufes der ihr festgesetzten Frist, die unter der Herrschaft eines früheren Gesetzes begonnen haben muß, ein neues Gesetz erlassen wurde. Hierbei fragt es sich zunächst, inwiefern ein solches Gesetz in Beziehung auf die Verjährung für einen solchen Fall ein neues seyn könne? Offenbar entweder

a) dadurch, daß es die Verjährung für den Gegenstand, welcher bisher als ein ihr unterworfener galt, vollkommen aufhebt, oder

b) dadurch, daß es die seitherigen Bestimmungen über Verjährung nur modificirt, und zwar entweder

α) in Betreff der Zeitdauer der Verjährungsfrist, oder

β) in Betreff der sonstigen Bedingungen der Verjährung, namentlich des justus titulus und der bona fides, oder

γ) sowohl in Betreff der Dauer der Verjährungsfrist, als der sonstigen Bedingungen.

Dabei muß man für jedes einzelne dieser Verhältnisse einen Unterschied machen zwischen der erwerbenden und der erlöschenden Verjährung, und die Conflicte hervorheben, die durch den Streit zwischen den Rechten des jedesmal Erwerbenden und Verlierenden auf solche Weise entstehen können.

Der Fall gehört gar nicht hierher, wenn die erwerbende oder erlöschende Verjährung für einen Gegenstand neu eingeführt wird, weil da von einer schon laufenden Verjährungsfrist genau genommen gar nicht die Rede seyn kann. Doch kann ein Gesetz, welches Verordnungen dieser Art enthält, auch zur Vergangenheit in Beziehung treten und für diese Etwas als geschehen annehmen, was nach früheren Gesetzen gar nicht existirte. Es kann z. B. dahin lauten: Wer seit 20 Jahren cum bona fide et ex justo titulo den oder den Gegenstand besessen habe, der solle, auch wenn er nach sonstigen Rücksichten des strengen Rechtes nicht für den Eigenthümer gelten könne, doch von nun an als solcher betrachtet werden. In diesem Falle wird eine Verjährungsfrist gleichsam fingirt, und der Verlierende muß sich nach der Natur der Verjährungsgesetze fügen, trotz dem, daß er sein Recht seither blos deßhalb nicht geltend machte, weil er glaubte, dieß noch immerhin zur Genüge thun zu können. Eben so kann die Staatsgewalt zum öffentlichen Besten eine Verordnung des Inhalts treffen: Wer sein Recht seither während der 30 Jahre, wo ihm dieses freistand, geltend zu machen unterlassen hat, der soll jetzt der ihm seither zugestandenen actio für verlustig betrachtet werden. In allen diesen Fällen kommt das neue Gesetz zur Anwendung. Dies unterliegt auch dann keinem Zweifel, wenn das Gesetz nicht, wie in den angeführten Beispielen, im Perfect,

Allerdings kommen in denselben Rechtsquellen auch abweichende, scheinbar widersprechende Bestimmungen vor. Diese jedoch erweisen sich bei genauerer Betrachtung als die Ausnahmen von der Regel, welche stets auf einem ganz singulären Grunde beruhen. Da namentlich die obige Regel durch eine Rücksicht der Billigkeit bedingt wird, so muß sie da wegfallen, wo diese Rücksicht nicht existirt, vorzugsweise dann, wenn Ansprüche, die unter der Herrschaft eines alten Gesetzes begründet wurden, unter der eines abweichenden neuen aber geltend zu machen sind, — nach dem letzteren geradezu als etwas Unbilliges, Unmoralisches oder Gemeinschädliches angesehen werden. Darin liegt offenbar der Grund, warum mehreren Gesetzesstellen rückwirkende Kraft beigelegt wird.

So der Const. 3. de pactis pignor. 8. 35., welche die lex commissoria bei Pfandcontracten aufhob: „Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt."

So der Const. un. de contr. judic. 1. 53, welche den Gerichts- und sonstigen obrigkeitlichen Personen unter gewissen Bedingungen die Annahme von Schenkungen, sogar die Eingehung mehrerer oneroser Contracte untersagt oder erschwert: „Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, nisi transactionibus, vel judicationibus sopita sint."

So der Const. 27. de usuris. 4. 53, welche den bisherigen Zinsfuß herabsetzte, und wo es im Eingange heißt: „De usuris jubemus, etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores, quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones scilicet illius temporis, quod ante eam defluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos."

Sogar in den Anordnungen der Const. 22. §. 1. de S. S. eccles. 1. 2. und der Const. 3. de quadriennii praescript. 7. 37, obwohl sie mehr willkührliche Privilegien zu ent-

halten scheinen, schimmert dennoch die moralische Rücksicht, dort in der Pietät für das Heilige und Kirchliche, hier in der Rücksicht für die Majestät und die Mühen des Princeps und der Augusta ganz unverkennbar durch.

Aber so wenig die obige Regel durch diese geringe Anzahl von Ausnahmen aufgehoben wird; so schwierig ist ihre Anwendung auf die vorliegende Frage. Alle die angeführten Fälle beziehen sich auf Ansprüche, die unter einem alten Gesetze begründet wurden, unter einem neuen aber zur Realisirung gelangen sollen. Nirgends findet sich eine directe Bestimmung über Fälle, in denen Rechte nach einen alten Gesetze vorbehalten wurden, so daß deren Verfolgung dem Berechtigten einen gewissen Zeitraum hindurch noch freistand, während diese nach einem neuen Gesetze entweder vor Abschluß jenes Zeitraums plötzlich abgeschnitten, oder doch auf eine kürzere Zeit als früher eingeschränkt wird. Gerade aber deßhalb ist es nothwendig, die obige Regel auch auf diese Fälle analogisch anzuwenden; und Dies zu thun, kann um so weniger Bedenken finden, da in den letzteren alle wesentlichen Bedingungen für die Anwendung einer Analogie jener Regel offenbar enthalten sind.

Danach wird sich folgendes Resultat ergeben: **Wenn Jemandem nach einem bereits bestehenden Gesetze keine Nachlässigkeit oder Versäumniß in Verfolgung seiner Rechte zur Last fällt; so wäre es unbillig, ihm durch ein neues Gesetz (natürlich ohne anderweitige wichtigere Gründe) solche Nachtheile zuzufügen, als hätte er sich jene Versäumniß, oder gar Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen. Daher muß für den Fall, daß ein neues Gesetz ihm für die Verfolgung seiner Rechte direct oder indirect abschneidet, das alte immer da zur Anwendung kommen, wo nicht ein besonderer Grund die Anwendung des neuen gebieterisch erfordert.**

neuen Gesetze demjenigen, welcher durch die Verjährung verliert, auch kein hinreichender Zeitraum mehr übrig, um sein Recht zu verfolgen, indem nach jenem Gesetze ein Zeitraum, welcher nach dem frühern noch fortdauern würde, jetzt für völlig abgelaufen gilt, oder doch nur noch so wenig Momente begreift, daß sie zur Rechtsverfolgung nicht mehr ausreichen: so muß man unterscheiden zwischen erwerbender und erlöschender Verjährung.

Was die a) Usucapion, die erwerbende Verjährung betrifft; so kann es auf Seiten des Usucapienten keinem Zweifel unterliegen, daß für ihn auch hier das neue Gesetz gilt, welches ihm keine Rechte verletzt, sondern nur Vortheile darbietet. Anders verhält sich aber die Sache auf Seiten Desjenigen, dessen Eigenthum durch die Verjährung zu Grunde geht, oder mit einer Servitut beschwert wird. Dieser kann sich mit Recht beklagen, daß ihm mit die Verfolgung seines Rechtes urplötzlich abgeschnitten sey, während er sie seither doch nur deßhalb aufgeschoben habe, weil er, gestützt auf das alte Recht, der Ueberzeugung gewesen, es lasse sich noch immer vornehmen, was er noch nicht vorzunehmen, seither seine guten Gründe besessen habe. Für ihn also fordert die zweite der obigen Regeln die Anwendung des alten Gesetzes. Ja, die Rücksicht auf ihn muß sogar jener auf den Usucapienten vorgehen; deßhalb, weil der Letztere cum alterius damno locupletior werden soll, während Jenem nur sein gutes Recht billiger Weise erhalten wird. Für den Fall also, daß der Verlierende von der Usucapio weiß, und die Verfolgung seines Rechtes nur im Vertrauen auf das früher bestandene Gesetz unterlassen hat, muß das alte Gesetz in Kraft bleiben; und es wird dem Usucapienten Nichts nützen, wenn er sich auf das neue Gesetz beruft.

Dagegen könnte man erwiedern, daß hier ein ganz ähnlicher Fall eintrete, wie derjenige sey, welcher bereits erörtert ward, wenn nämlich ein neues Gesetz die Verjährung für einen Gegenstand, der nach einem ältern von dieser ausgenommen war, plötzlich einführt und verordnet, schon dem solle er eigenthümlich

angehören, welcher ihn unter den und den Bedingungen die und die Zeit hindurch besessen habe. Wie dort die Rücksicht auf das gemeine Wohl nach dem Ermessen der gesetzgebenden Gewalt der Rechte der Einzelnen vernichtet werde, eben so müsse auch ein Gleiches hier eintreten und der Verlierende sich dem neuen Gesetze durchaus fügen.

Allein bei diesem Einwurfe läßt man die Unterschiede der beiden zusammengestellten Verhältnisse aus den Augen. Wer seither unterließ, sein Recht zu verfolgen, deßhalb, weil der von einem Andern besessene Gegenstand jedoch keiner Verjährung unterlag, der besitzt keinen haltbaren Rechtfertigungsgrund für diese Unterlassung. Wenn er anführt, daß er ja nach dem alten Gesetze sein Recht noch fortwährend habe verfolgen können, so liegt in dem neuen Gesetze doch ein Vorwurf für ihn deßhalb, weil er von dieser seiner Befugniß nicht eher Gebrauch gemacht, weil er im Vertrauen auf das strenge Recht etwas nicht gethan habe, dessen Vornahme nach offenbaren, obwohl bisher nicht positiv anerkannten Rücksichten der Billigkeit man wohl von ihm verlangen dürfe. Wer dagegen in dem frühern Gesetze einen bestimmteren Anhalt für seine Thätigkeit fand, der mag sich mit größerem Rechte auf jenes berufen und dessen Fortanwendung auch aus anerkannten Billigkeitsrücksichten fordern. Indessen läßt sich nicht in Abrede stellen, daß hier eine derjenigen Fragen vorliege, wo die Gränzlinie zwischen Recht und Unrecht nur sehr schwer zu ziehen sey.

Die hier vertheidigte Ansicht von der Gültigkeit des alten Gesetzes paßt jedoch nur dann, wenn derjenige, welcher durch die Usucapion verliert, von dieser selbst, also auch vom Laufe der Usucapionsfrist etwas wußte. Weiß er nichts von derselben, so kann er sich auch nicht darauf berufen, daß er seine Rechtsverfolgung blos deßhalb unterlassen habe, weil er den bestehenden Gesetzen vertrauete. Wenn er daher auch nach der eingetretenen Gültigkeit der neuen Norm erfährt, daß ihm nach derselben eine Sache durch einen Andern usucapirt ist, die es nach den frühern

Normen nicht seyn würde; so muß er sich doch der ersteren fügen, da die andere für ihn wenigstens in Betreff des speciellen in Rede stehenden Verhältnisses gar keine besondere Wichtigkeit behauptete, gewissermaßen nicht existirte. Auch hier also mag sich der Usucapient mit vollem Erfolge auf die neuere Norm berufen.

b) Eben so muß man für die Extinctivverjährung aus den angedeuteten Rücksichten unterscheiden, ob derjenige, dessen Eigenthums-, oder nach andern Ansichten dessen Klagerecht durch dieselbe erlöschen soll, von dem bestehenden Verhältnisse gewußt hat, oder nicht, und danach entweder die Gültigkeit des alten oder des neuen Gesetzes behaupten.

Aber B) das neue Gesetz kann im Laufe des zur Verjährung bestimmten Zeitraums diese auch modificiren in Betreff ihrer sonstigen Bedingungen, namentlich der bona fides und des justus titulus.

Betrachtet man hier 1) die Usucapion, und stellt sich auf Seiten des Usucapienten, so muß für diesen die Gültigkeit des neuern Gesetzes ohne Ausnahme behauptet werden, weil er demselben kein jus acquisitum entgegenzusetzen hat. Er wird sich daher nur auf das neuere Gesetz berufen dürfen, und aus den bereits hervorgehobenen Rücksichten ohne Zweifel mit Erfolg auf dasselbe berufen, wofern derjenige, welcher durch die Usucapion verliert, während der Herrschaft der alten Norm von dem bestandenen factischen Verhältnisse nichts weiß, und deßhalb von den Vortheilen, die ihm dieselbe darbot, keinen Gebrauch zu machen vermochte.

Allein was ist Rechtens, wenn die verlierende Parthei schon während der Dauer des frühern Gesetzes das factische Verhältniß, um dessen Beurtheilung es sich handelt, vollkommen oder doch zur Genüge kannte? Auch dann muß das neue Gesetz, mag es nun durch das frühere geforderte Bedingungen erlassen, oder mag es nach dem früheren nicht nothwendige Bedingungen fordern, stets und ohne Ausnahme zur Anwendung kommen;

da dem Verlierenden, wofern die Dauer der Verjährungsfrist nicht geändert wird, die Verfolgung seines Rechtes auch unter dem neuen Gesetze fortbestehen bleibt, und also dem Gebrauche des letztern kein gültiger Rechtsgrund entgegensteht.

Gleiches gilt aus gleichen Gründen 2) für die erlöschende Verjährung, d. h. auch für diese muß in dem vorliegenden Falle durchaus nur die neuere Norm zur Anwendung gebracht werden. Die weitere Ausführung würde in etwas veränderter Beziehung nur das bereits mehrmals Gesagte wiederholen.

Endlich kann C) während des Laufes einer Verjährungsfrist auch ein neues Gesetz erscheinen, welches sowohl über die Dauer dieser Frist, als auch über die sonstigen Bedingungen der Verjährung von dem bisherigen Rechte abweichende Bestimmungen enthält. Hier kommen wieder alle diejenigen Regeln zur Anwendung, welche unter der Categorie 2. A) vertheidigt wurden. Es liegt Dies darin, weil das alte Gesetz allein unter der Rücksicht, welche oben unter der zweiten Hauptregel hervorgehoben ward, vor dem neuen befolgt werden darf, also es nur darauf ankommt, ob das neue Gesetz durch seine Anordnungen über die Dauer der Verjährungsfrist ein bisher zugestandenes Klagerecht plötzlich aufhebt, während alle sonstigen Bestimmungen desselben seiner Gültigkeit in Nichts entgegenstehen. Es kommt also lediglich darauf an, ob derjenige, welcher durch die Verjährung sein Eigenthumsrecht ganz oder zum Theil, oder sein Klagerecht verliert, von dem Verjährungsverhältniß damals, als das alte Gesetz noch galt, schon Kenntniß besaß, oder nicht, und im ersteren Fall, ob ihm durch das neue Gesetz seine Rechtsverfolgung noch möglich gemacht, oder durch dasselbe wider Recht und Billigkeit abgeschnitten wird. Und nur in dem letzten Falle kann man die fortdauernde Gültigkeit des alten Gesetzes behaupten, während sonst und stets überall das neuere vorgeht.

Als das Resultat aller dieser Untersuchungen ergiebt sich Folgendes: Hat eine Verjährungsfrist begonnen und

es wird im Laufe derselben ein neues Gesetz über Verjährung erlassen; so ist dieses letztere in der Regel als Norm gebend zu betrachten. Nur dann muß das frühere Gesetz, unter dessen Herrschaft die Verjährung begann, befolgt werden, wenn durch das neue Jemandem eine Rechtsverfolgung abgeschnitten würde, die er seither blos im Vertrauen auf die Geltung der ältern Norm unterließ, ohne sich eine Nachlässigkeit oder Versäumniß zu Schulden kommen zu lassen.

Alle sonstigen Ansichten können nicht unbedingt gerechtfertigt werden, weder die von der Gültigkeit des alten, noch die von der Gültigkeit des neuen Gesetzes, am allerwenigsten aber vielleicht die Mittelwege, die man versucht hat, um das Unmögliche zu bewirken, Widersprechendes unter einander, Altes mit Neuem in Einklang zu bringen, und die noch nicht einmal so viele praktische Rücksichten, wie manche andere von der Theorie und Praxis erfundene Mittelwege, für sich haben.

IV.

In wie weit darf ein Beamter in eigener Sache handeln?

Vom

Herrn Regierungsrath Dr. **Burckhard**
zu Weimar.

Es ist ein dem Rechtsgefühl durchaus angemessener Rechtsgrundsatz, daß Niemand in eigener Sache Richter seyn könne, und im Einverständniß hiermit spricht fr. 10. D. de jurisdictione (2. 1) die Regel aus: Qui jurisdictione praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori vel liberis suis, vel ceteris, quos secum habet.

Fast unbestritten [1]) hat die Doctrin diesen Satz ganz allgemein genommen und ihn auf alle amtlichen Functionen bezogen. Da sich indeß im römischen Rechte Stellen vorfanden, nach denen es keinen Zweifel erlitt, daß bei einzelnen Fällen der jurisdictio voluntaria der Richter in eigener Sache thätig seyn dürfe, so hat sie die Regel hiernach modificirt und dieselbe unter nachstehender Form vertheidigt. Sie sagte nämlich:

---

[1]) Siehe jedoch Glück III. S. 98 Ziffer 4.

„Wo ein actus jurisdictionis contentiosae vorliegt, darf ein „richterlicher Beamter nie in propria causa handeln; bei den „actibus jurisdictionis voluntariae dagegen ist dies jedoch nur „dann zulässig, wenn bei derselben keine causae cognitio erforderlich ist."

Zu leichterer Uebersicht hat man sich dabei für die Species der jurisdictio voluntaria besondere Namen geschaffen und diejenigen Akte derselben, welche eine c. c. erheischen, mit der Bezeichnung actus jurisdictionis voluntariae mixtae belegt; die übrigen aber a. j. vol. merae genannt.

Den eben angeführten Satz muß man jetzt in Bezug auf die jurisdictio contentiosa ohne alle Einschränkung zugeben; dagegen erscheint das aus der Scheidung der actus jurisdict. voluntariae gezogene Resultat, in der angenommenen Allgemeinheit, nach r. R. nicht unbedingt richtig, keinesfalls dessen Begründung für das heutige Recht erschöpfend. [2])

---

[2]) Die vollständigste mir bekannte Begründung findet sich in Martin's Jahrb. III. S. 189: Kann ein Patrimonialrichter an Grundstücken, die er selbst unter dem Gerichte besitzt, eine öffentliche Hypothek durch Bestätigung derselben verschaffen? „Wenn die Gesetze schon ganz allgemein den Satz aussprechen, daß Niemand in eigener Sache als richterlicher Beamter auftreten könne (fr. 10. D. de jurisd. 2. 1. — c. un. C. ne quis in sua 3. 5. — fr. 4. D. de tut. dat. 26. 5.); so muß dies namentlich auch im Gebiet der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, als eines Zweiges der Gerichtsbarkeit überhaupt, gelten; nur diejenigen Fälle abgerechnet, in welchen die Gesetze besondere Ausnahmen statuiren, die aber als solche nur die Richtigkeit der Regel noch mehr bestätigen. Diese Ausnahmen betreffen sämmtlich nur solche Handlungen, welche auf Seiten des Richters keine vorgängige Causäcognition erfordern (fr. 2. D. de off. praef. 1. 18. — fr. 2. de off. praet. 1. 14. — fr. 3. 4. 36. §. 1. D. de adopt. 1. 7.), und daraus ist mit Recht der allgemeine Satz abstrahirt und gebildet worden: daß zwar in allen Fällen, die keine Causäcognition voraussetzen, der Richter in eigener Sache handeln könne, nicht aber auch in denen, wo solch' eine Prüfung unerläßlich ist, — in den

Betrachten wir nämlich die praktischen Fälle der s. g. jurisdict. voluntaria des römischen Rechtes [3]), so werden, abgesehen von einer Ordnung, als die für uns hauptsächlichsten aufgeführt: die Bestätigung eines Vergleiches über Alimente [4]), die Konsensertheilung in die Veräußerung von Mündelgut [5]), die tutoris datio, die Annahme der Insinuation von Schenkungen, die manumissio, emancipatio und adoptio. Nur von den drei letzteren Arten der vol. jurisd., welche übrigens im r. R. gerade als die Hauptfälle derselben aufgeführt werden,

fr. 2. pr. D. de off. proc. (1. 16):

Omnes proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem, non tamen contentiosam sed voluntariam; ut ecce manumitti apud eos possint tam liberi quam servi et adoptiones fieri —

ist namentlich und ausdrücklich gesagt, daß bei ihnen der Richter in propria causa handeln könne;

fr. 3. 4. de adopt. (1. 7):

Si Consul vel Praeses filiusfamilias sit, posse eum apud semetipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat.

Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare

---

actibus jurisdictionis voluntariae mixtae (von Trützschler Anweis. zu Abfassung rechtl. Auff. I. 1. §. 5. Thibaut Pand. §. 1275. Schweppe R. Priv. R. §. 115). Da nun soviel feststeht, daß die richterliche Consensertheilung in eine Hypothek jederzeit eine Causäcognition, namentlich in Bezug auf das Eigenthumsrecht des Verpfänders, das Vorhandenseyn früherer Hypotheken, resp. den Werth des Unterpfandes erfordert, so kann die obige Frage nur verneinend entschieden werden."

[3]) Puchta Handb. I. §. 5. — Oesterley Versuche S. 60. Not. 67. In der weiteren Bedeutung des Wortes über die Legisactionen hinausgreifend.

[4]) fr. 8. D. de transactt. 2. 15.

[5]) T. T. C. de praed. min. non al. 5. 71.

filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est.

fr. 1. 2. de off. praet. (1. 14):

Apud filiumfamilias praetorem potest pater ejus manumittere. Sed etiam ipsum apud se emancipari vel in adoptionem dari placet.

fr. 2. de off. praes. (1. 18):

Praeses apud se adoptare potest, quemadmodum et emancipare filium et manumittere servum potest.

es war aber gerade hierbei eine causae cognito, wenigstens in vielen Fällen, wirklich erforderlich. Zwar lassen sich dafür nicht überall positive Zeugnisse beibringen; zum Theil aber ist dies der Fall, und dann deßungeachtet ausdrücklich ausgesprochen, daß der Magistratus in eigener Angelegenheit handeln dürfe. So erforderte die emancipatio zwar nach

c. 2. C. h. t. (8. 49.) [6]

im Allgemeinen eben so wenig eine c. c., als die Insinuation der Schenkungen; indessen gab es doch einige Fälle, wo eine solche nöthig wurde.

fr. 31. 32. D. de adoptt. (1. 7),

verglichen mit [7]

fr. ult. D. si a parente quis (37. 12).

fr. 92. D. de C. et D. (35. 1).

Hinsichtlich dieser Fälle ist nirgends ausdrücklich gesagt, daß bei ihnen die allgemeine Bestimmung der fr. 3. 4. D. de adopt. nicht Platz greife; man muß aber behaupten, der Magistratus

---

[6]) Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solenni vel casu liberantur: nec causae, quibus motus, pater emancipavit filium, sed actus solennitas quaeritur.

[7]) Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coegit emancipare. Die Nöthigung des Vaters, gegen dessen Willen, konnte augenscheinlich nur aus dem Grunde der Bescheinigung der schlechten Behandlung erfolgen; sie setzte also eine c. c. voraus.

habe hier nicht in propria causa thätig seyn dürfen. Nur liegt der Grund hierzu nicht darin, daß eine c. c. erforderlich war, sondern darin, daß in jenen Fällen von einem arbitrari inter consentientes (s. das Folgende) nicht die Rede seyn konnte. [8])

Dagegen ist für den Fall des

§. 3. J. de adoptt. (1. 11):

> Item non aliter emancipare eum potest arrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc bona sua ei reddat —

die Thätigkeit des betheiligten Magistratus nicht ausgeschlossen.

2. Die Adoption dagegen war schwerlich, so allgemein dies auch behauptet wird, der blosen solennitas wegen an die auctoritas des Magistratus gebunden worden; vielmehr ist dafür zu halten, daß eine Untersuchung der Thatsachen vorausgehen mußte, welche die Zulassung oder Zurückweisung rechtlich begründeten. Schon die römisch-staatsrechtlichen Bestimmungen lassen dies um so mehr annehmen, als nach älterem Rechte die adoptio die Wirkungen der arrogatio hatte. Dazu kömmt, daß **Ulpian** in

fr. 15. §. 2. D. de adopt. (1. 7.)

sagt:

> In arrogationibus [9]) cognitio vertitur, num forte minor LX annis sit is, qui arrogat, quia magis liberorum procreatione studere debent, nisi forte morbus aut voletudo in causa sit, aut alia justa causa arrogandi, veluti si conjunctam sibi personam velit arrogare —

daß also für di Arrogation die c. c. ausdrücklich vorgeschrieben ist. Sie mußte aber, aus gleichem Grunde, auch bei der Adoption eintreten.

---

[8]) fr. 13. §. 4. D. ad SC. Trebell.

[9]) Diie c. c. fand selbst statt, obgleich sich früher nur einer, der sein eigener Autor war, arrogiren lassen konnte. Cic. pro dom. c. 13. 14. 29. Gellius V. 19.: Sed arrogationes non temere, nec inexplorate committuntur — — aetasque ejus, qui arrogare vult, an

§. 4. J. de adopt. (1. 11).

Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem vel arrogationem facit, plena pubertate, i. e. decem et octo annis praecedere.

fr. 40. §. 1. D. eod. (1. 7).

Non tantum cum quis adoptat, sed et cum arrogat, major debet esse eo, quem sibi per arrogationem vel per adoptionem filium facit; et utique plena pubertate praecedere debet.

Es braucht dabei nur angedeutet zu werden, daß in den Quellen der Ausdruck quaestio namentlich dann für die richterliche Thätigkeit angewendet wird, wenn er sich auf eine c. c. bezieht, sey nun von einer quaestio juris oder quaestio facti die Rede;

fr. 2. §. 1. de off. ejus cui mand. (1. 21.)[10])

daß beide Ausdrücke selbst promiscue gebraucht werden,

fr. cit. vergl. mit fr. 1. pr. eod.

und daß GAJUS (1. 106) ausdrücklich sagt: Sed et illa quaestio, an minor natu majorem adoptare possit, utriusque adoptionis cummune est.

Gehen wir noch einen Schritt weiter. Die oben citirte Stelle gestattet ausnahmsweise, daß Einer, welcher noch nicht 60 Jahre alt ist, arrogire, wenn er eine causa arrogationis anzuführen vermöge, welche sich praevia cognitione als eine justa erweise. Ganz dasselbe gilt von der Adoption, wenn Einer schon mehrere Kinder hat,

fr. 17. §. 2. 3. de adopt. (1. 7.)[11])

---

liberis potius gignendis idonea sit, bonaque ejus, qui arrogatur, ne insidiose appetita sint etc. — — S. auch §. 3. J. de adopt. (1. 11).

[10]) Si tutores vel curatores velint praedia vendere, causa cognita id praetor vel praeses permittet; quodsi mandavit jurisdictionem, nequaquam poterit mandata jurisdictione eam quaestionem transferre.

[11]) Et primum quidem excutiendum erit, quae facultatis pupilli sint, et quae ejus, qui adoptare eum velit, ut aestimetur ex comparatione

emancipirte Adoptivkinder dürfen nicht wieder adoptirt werden,

fr. 37. §. 1. eod.

sowie, ohne wichtige Gründe, nicht mehrere zugleich. In allen diesen Fällen ist — ebenso, wie in dem Fall der adoptio an Enkelsstatt, noch besonders in Betreff der Einwilligung des Sohnes, wenn der adoptatus dereinst sein suus werden und als seines Kindes consanguineus gelten soll —

fr. 6. 10. 11. 44. D. de adopt. (1. 7.) §. 7, J. h. t. (1. 11.)

die Anstellung einer c. c. gar nicht hinwegzuleugnen; sie fand sich wahrscheinlich überall vor der Ertheilung des Dekrets zu einem Adoptionsverhältnisse, da die Entscheidung von der Untersuchung der Vorfragen hinsichtlich des Alters und der sonstigen Thatumstände, welche die adoptio als zulässig erscheinen ließen, nothwendig abhängig war.

3. Bei der censu manumissio war ebensowohl unzweifelhaft eine causae cognitio erforderlich. Die manumissio Seiten dessen, welcher nur das nudum jus Quiritium hatte, begründete nicht einmal eine beschränkte Freiheit;

Gajus I. 167.

Göschen Zeitschr. Bd. 3. VII. no. 2.

Die manumissio bei dem in bonis esse dagegen gewährte den Zustand, welchen die Römer mit dem Ausdruck in libertate morari bezeichnen. Dieser Zustand war ein blos factischer, und es hing durchaus von dem Belieben des Herrn ab, denselben wieder aufzuheben. Nur wo der Sclav ex utroque jure

---

earum, an salubris adoptio possit pupillo intelligi; deinde cujus vitae sit is, qui velit pupillum redigere in familiam suam; tertio, cujus idem aetatis sit, ut aestimetur, an melius sit, de liberis procreandis cogitare eum, quam ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam. — — Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit, vel plures liberos, adoptare alium, ne aut illorum, quos justis nuptiis procreaverit, deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi, aut qui adoptatus sit minus percipiat, quam dignum erit eum consequi.

Gajus I. 54.

dem Herrn angehörte, war eine Freilassung in höchster Potenz, war die Erlangung einer justa libertas möglich. Aber es kam dabei dennoch alles auf die Art und Weise der Freilassung an. Denn alle unfeierlichen Manumissionen gaben in früherer Zeit [12]) ebenfalls nur den Zustand des in libertate morandi. Die darnach dem manumissor zustehende revocatio libertatis wurde zwar schon vor August sehr beschränkt;

Gajus III. 56.

fr. 28. D. de lib. causa (40. 12).

fr. 38. pr. D. de poss. (41. 2).

allein der Zustand des libertus blieb dennoch nur ein faktischer; eine solche manumissio gewährte dennoch nichts weiter, als eine exceptio doli gegen das Ansinnen von Sclavendiensten. Manumittirte, dagegen der dominus ex utroque jure auf feierliche Weise, so war Folge davon die Möglichkeit der Eintragung in die tabulas censuales, eine Eintragung, welche indeß nothwendig durch die Bescheinigung des vollen Eigenthums rc. bedingt wurde, welche nothwendig an die Anstellung einer causae cognitio hierüber gebunden war.

4. Jedenfalls erforderte die vindicata manumissio entschieden, das ist unwiderlegbar, in den Fällen der Lex Aelia Sentia [13]) eine causae probatio, wie sich das auch noch in

fr. 20. D. h. t. (40. 1.) [14])

---

[12]) c. un. C. 7. 6.

[13]) Gajus I. 138. 139. 18. 38. 39. Idem eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis approbata fuerit.

[14]) Causam minor XX annis, qui servum donatum manumittendi gratia accepit, ex abundanti probat post divi Marci litteras ad Aufidium Victorinum; etenim si non manumiserit, ad libertatem servus perveniet. Non idem in fideicommissaria libertate juris est, cujus causam minor debet probare; nam libertas, nisi ita manummisso non competit.

fr. 19. 1—20. D. de vind. man. (40. 2.)[15]
klar ausgesprochen findet, und dennoch ist in

fr. 20. §. 4. eod. tit. :

Consul apud se potest manumittere, etiamsi evenerit, ut minor annis viginti sit —

gesagt, daß selbst in einem solchen Falle der Magistrat in eigener Sache thätig seyn könne. Dasselbe findet sich ausgesprochen in der Bestimmung des

fr. 5. D. eod. tit. :

An apud se manumittere possit is, qui consilium[*])

---

[15]) Justa causa manumissionis est, si periculo vitae infami aevo dominum servus liberaverit. Sciendum est, qualiscunque causa probata sit et recepta, libertatem tribuere oportere — — — etc. Si minor annis XX manumittat, hujusmodi solent causae manumissionis recipi, si filius filiave, frater sororve naturalis sit, vel si sanguine eam contigat, habetur enim ratio cognationis. Si collactaneus, si educator — — vel si in hoc manumittatur, ut procurator sit, dummodo non minor annis decem et octo sit (c. c. auch insofern); praeterea et illud exigitur, ut non utique unum servum habeat, qui manumittit. Item si matrimonii causa virgo vel mulier manumittatur, exacto prius jurejurando, ut intra sex menses uxorem eam duci oporteat, ita enim senatus censuit. — Ex praeterito tempore plures causae esse possunt, veluti quod dominum in proelio adjuvaverit, contra latrones tuitus sit. — — Et longum est, si exsequi voluerimus, quia multa merita incidere possunt, quibus honestum sit, libertatem cum decreto praestare, quas aestimare debebit is, apud quem de ex re agitur. — — Absens quoque causam probare per procuratorem poterit. Si duo matrimonii causa manumittent, recipi causa non debet. Hi qui in Italia vel alia provincia domicilium habent, apud alterius provincia praesidem consilio adhibito manumittere possunt. — — Illud in causis probandis meminisse judices oportet, ut non ex luxuria, sed ex affectu descendentes causas probent; neque enim deliciis, sed justis affectionibus dedisse justam libertatem legem Aeliam Sentiam credendem est.

*) Gajus I. 20. Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum; in provinciis autem XX recuperatorum civium Romanorum. — — fr. un.

praebet, saepe quaesitum est. Ego (Julianus) quum meminissem, Javolenum praeceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumisisse, quum consilium praeberet, exemplum ejus secutus et in praetura et consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberari, et quibusdam praetoribus consulentibus me, idem suasi.

Giebt man dies zu, setzt man folgeweise und nothwendig das unterscheidende Moment der Möglichkeit in eigener Sache zu handeln, nicht darein, ob bei dem Akt eine c. c. erforderlich sey, oder nicht, so fragt es sich nur, welche Grenzlinie die Quellen hierin gezogen haben.

Diese schließen aber zunächst das agere in propria causa überall da aus, wo sich die amtliche Thätigkeit nicht auf ein versari inter consentientes, d. h. auf die Bestätigung, die Begründung und Sicherung von Rechtsverhältnissen zwischen Personen, welche hierzu ihre Einstimmung geben, beschränkt.[17])

---

pr. de off. cons. (1. 10). — fr. 4. §. 2. fr. 5. 6. 16. de man. vind. (40. 2). — fr. 27. de man. test. (40. 3).

[17]) fr. 13. §. 4. D. ad SC. Trebell. Also überall, wo es sich nicht um die Entscheidung zur Ausgleichung eines vorliegenden Widerspruchs, sondern nur um eine Dekretsertheilung oder eine Bestätigung, welche entweder lediglich der solennitas wegen, oder zu Legalisirung der ausdrücklich ausgesprochenen oder fingirten Willenserklärung vorgeschrieben war. Zur Begründung der Emancipation (zusammengesetzt aus der mancipatio und manumissio, Unterholzner Zeitschr. für G. R. W. II. 5. S. 140) gehört die Einwilligung des Vaters (fr. 31. D. 1. 7., §. 10. J. 1. 12) — gegen den nur in den Fälln des fr. 5. D. 37. 2., fr. 92. D. 35. 1., fr. 32. pr. D. 1. 7. ein Zwang stattfand, wo dann aber, dafern er nicht freiwillig der Emancipation stattgab, deßhalb das agere in propria causa Seiten des Magistratus ausgeschlossen war —, und die Einwilligung des Kindes (Nov. 89. c. 11. pr. Solvere jus patriae potestatis invitis filiis non permissum est patribus. c. s. C. 4. 49. c. 10. C. de adopt. 8. 48). Wo letztere nicht nöthig war (c. 5. i. f. C. 8. 49. u. c. 10 pr. C. 8. 48), hatte der emancipatus entweder insoweit keinen Willen, wie ein infans, oder die Möglichkeit der

Wie unzweifelhaft dies die Grundidee der römischen Rechtsbestimmungen war, ergiebt sich aus Folgendem:

Während in

fr. 10. D. de jurisd. (2. 1.)

von **Ulpian** allgemein gesagt ist:

> Qui jurisdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori vel liberis suis neque libertis vel ceteris, quos secum habet —

findet sich in

fr. 77. D. de judic. (5. 1.)

der eben so allgemeine Ausspruch des Afrikan:

> In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.

Emancipation war, ohne diese Zustimmung, dadurch gegeben, daß man die Unterwerfung hierin als ein quod tacite inest bei der ersten Adoption ansah. So lange daher in diesem Falle kein Widerspruch vorkam, war die Emancipationsform eine blose solennitas, ausserdem aber, wo ein solcher stattfand, konnte der Magistrat wenigstens nicht in eigener Sache handeln. **Die Adoption** (bei welcher wohl beachtet werden mag, daß sie nach älterem Rechte die Wirkungen der arrogatio hatte, aber dennoch vor dem Magistratus, auch dann, wenn er in eigener Sache handelte, vorgenommen werden konnte) erforderte die ausdrückliche Zustimmung des Adoptirenden und die Zustimmung des Vaters des zu adoptirenden Kindes, so wie die Genehmhaltung des letzteren. (fr. 5. D. 1. 7. c. ult. C. de adopt. 8. 48. praesente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat.) **Bei der manumissio** consentirte nothwendig der manumissor, aber auch, wenigstens fingirt, der Freizulassende (ausserdem wäre blos eine Dereliction eingetreten, der Sklav wäre in das Eigenthum des Zuerstokkupirenden übergegangen), daher der lictor assertor, dessen Beiziehung seit **Ulpian** erlassen wurde (fr. 8. D. de man. vind. 40. 2), daher in späterer Zeit selbst die Bestimmung, daß ein Vertrag über die Freilassung klagbar war. (fr. 53. D. de judic. 5. 1. — fr. 5. D. de manum. 40. 1. — §. 1. J. de nox. act.) **Bei der Schenkung** und einem Vergleiche über Alimente treten die allgemeinen Grundsätze ein.

Nach bekannten Interpretationsregeln hat Duaren (Disputt I. c. 53.) diese Stellen als sich nicht widersprechend betrachtet, sondern dieselben vielmehr, und gut, dadurch vereinigt, daß er das jus dicere des praetor von dem judicare des judex unterscheidet. Ihm stimmen Goveanus und Roussard bei, während Cujac. zwar den unbestreitbaren Unterschied zwischen jus dicere und judicare

fr. 13. D. de jurisd. (2. 1.)

anerkennt, im übrigen aber sich dergestalt im Zirkel dreht, daß — indem er das tribuere licentiam der sogleich noch weiter anzuführenden c. un. C. ne quis in sua (3. 5.)[18]) ganz übersieht und, den Nachdruck auf das debere legend, alles in die honestas des Richters setzt — die Worte: non debere quidem judicem cognoscere, sed posse; attamen honestius esse, si non fecerit das Ergebniß seiner Untersuchung aussprechen.

Meerm. Thes. II. S. 233.

Nehmen wir die Erklärung Duarens, wie sie das gewiß ist[19]), als die richtige an, so ergiebt sich aus dem Vereine dieser beiden Stellen das Resultat: der praetor darf in eigener Sache nicht jus dicere, wohl aber darf der judex in eigener Sache (im weiteren Sinne) cognosciren, die Thatumstände untersuchen. Dies Resultat ist historischen Inhalts; es gehört der früheren römischen Gerichtsverfassung an, bei welcher zur Zeit des antiquus ordo judiciorum die Thätigkeit eine getheilte war. Immerhin bestand jedoch in dem älteren römischen Rechte der Satz, daß der judex in eigener Sache cognosciren dürfe, obwohl hierzu

---

[18]) — decernimus, neminem sibi esse judicem, vel jus sibi dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est, alicui tribuere licentiam sententiae.

[19]) fr. 13. pr. D. de jurisd. (2. 1). Eum, qui judicare jubet, magistratum esse debet. fr. 2. de in jus voc. (2. 4). — fr. 1. 3. 4. de jurisd. (2. 1). Jus dicentis officium latissimum est — nam — et — judices litigantibus dare potest.

eine causae cognitio unbedingt erforderch war. Der Grund hierzu ist aber eben kein anderer, als der, daß das Wesen der judicis datio darauf basirt war, der freie römische Bürger brauche nur einem selbstgewählten judex zu Recht zu stehen, daß also derselbe in die Folgen seiner Wahl einstimmte.

Als sich dies mit Aufhebung des antiquus ordo judiciorum änderte, da mußte mit dem Grunde auch die Folge fallen, da war es nothwendig, daß die Rechtsbestimmung, welche ursprünglich nur für das jus dicere bestand, auch auf das geschmolzene Verhältniß Anwendung erlitt, es war nothwendig, daß sich die Sache so gestaltete, wie sie in

c. un. C. ne quis in sua (3. 5):

Generali lege decernimus, neminem sibi esse judicem vel jus sibi dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est, alicui tribuere licentiam sententiae.

durch ein Rescript der Kaiser Valens, Valentinian und Gratian [20]) an den Präfectus urbi Gracchus ausdrücklich anerkannt worden ist. [21])

Die Kardinalstelle der Lehre von der Bestätigung eines Vergleichs über Alimente

fr. 8. pr. D. de transact. (2. 15.)

weist auf das Wesen der amtlichen Thätigkeit bei der jurisdictio voluntaria bestimmt hin:

Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesente, divus Marcus oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta. Solet igitur

---

[20]) Diokletian 305 n. Chr. Im Orient: Valens 364—378. Im Occident: Valentinian I. 364—367, mit Gratian —375.

[21]) Der geschichtliche Zusammenhang ergiebt zugleich, daß die c. un. cit. die in Betreff der jurisdictio voluntaria bestehenden Grundsätze an sich gar nicht berührt.

praetor intervenire, et inter consentientes arbitrari, an transactio et quae admitti debeat. [22])

Auch hier konnte der praetor, wie überall, wo es sich um ein arbitrari inter consentientes handelte, ganz abgesehen davon, ob eine c. c. erforderlich war, oder nicht, in eigener Sache thätig seyn, während das agere in propria causa unzulässig erscheint, wo jenes Verhältniß ein anderes ist. Nur so, aber auch hierdurch vollständig, erklärten sich die Bestimmungen des

fr. 4. D. de tut. dat. (26. 5.) und

fr. 1. D. de man. vind. (40. 2) :

Praetor ipse se tutorem dare non potest; sicut nec pedaneus judex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest —

Der Prätor kann sich eben so wenig zum Tutor, als zum judex oder Schiedsrichter ernennen : denn hier wird ein Rechtsverhältniß begründet, zu welchem die Einwilligung der Betheiligten nicht vorliegt; war er dagegen einmal tutor, so konnte er da, wo er inter consentientes arbitrirte, ebenso vor sich selbst die auctoritas interponiren, als er sonst insoweit in propria causa handeln konnte.

fr. 1. D. de man. vind. (40. 2.) :

Apud praetorem eundemque tutorem posse pupillum ipso auctore manumittere constat. [23])

Aber es genügt für die Rechtsbeständigkeit der amtlichen Thätigkeit in eigener Angelegenheit allerdings nicht, daß dieselbe auf ein Geschäft inter consentientes gerichtet sey, es ist vielmehr nach r. R. weiter erforderlich, daß die dabei vorkommende causae

---

[22]) T. T. de praed. et aliis reb. minor. (5. 71). — T. T. de praed. dec. sine decreto. (10. 33).

[23]) Die Erklärung, welche Unterholzner in der Abh. über die Formen der man. per vind. und der emancipatio (Zeitschr. für G. R. W. II. no. V. S. 247. [16.]) über diese Stelle giebt, möchte kaum ausreichend seyn.

cognitio nicht von dem Beamten vorgenommen werde, welcher der Rechtshandlung ihre Gültigkeit verlieh. Abgesehen davon, daß das Consilium in

fr. 5. D. de vind. man.

die selbstständige Thätigkeit des Magistratus bei der Untersuchung der bedingenden Erforderniſſe ausschloß [24]), findet sich das ausdrückliche Anerkenntniß hierfür in dem

fr. 1. §. 2. D. de off. cons. 1. 10.

Consules apud se servos suos manumittere posse, nulla dubitatio est. Sed si evenerit, ut minor viginti annis Consul sit, apud se manumittere non potest, quum ipse sit, qui ex senatusconsulto consilii causam examinat; apud collegam vero causa probata [25]) potest.

Will man nun nicht die Bestimmungen, nach denen die römischen Magistrate bei der emancipatio, manumissio und adoptio zu verfahren hatten, auf diese Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschränken, wozu ein nothwendiger Grund nicht vorzuliegen scheint, so stellt sich nach dem Justinianeischen Rechte die Regel dahin: In streitigen Rechtsverhältnissen darf ein Beamter nirgends in eigener Sache handeln — weder erkennen, noch die Thatumstände untersuchen. Die der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörenden Handlungen darf er bei eigener Betheiligung vornehmen, wenn eine causae cognitio dabei nicht in Frage steht, oder wenn dieselbe, wo eine solche eintreten mußte, vor einem andern Magistratus erfolgt war.

In der That aber führt dies, wenn gleich auf anderem Wege, zurück zu dem obigen Satze. Wie sich früher in dem antiquus ordo judiciorum die Scheidung des jus dicere von dem

---

[24]) fr. 1. §. 15. D. ad. S. C. Trebell. 36. 1. Si autem collegium vel corpus sit, quod rogatum est restituere, decreto eorum, qui sunt in collegio vel corpore, in singulis, inspecta eorum persona, restitutionem valere; nec enim ipse sibi videtur quis horum restituere.

[25]) Voet ad Pand. I. 10. no. 2.

judicare findet, wie dieselbe wesentlich auf römisch staatsrechtlichen Einrichtungen beruhte; so ist dies mit der Theilung der Thätigkeit bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Fall. Eine solche Scheidung findet bei uns nicht mehr Statt; die Thätigkeit ist, wo nicht etwas Abweichendes partikularrechtlich besteht, in der Hand desselben Beamten, und wie die Römer mit der Aufhebung des antiquus ordo judiciorum nothwendig zu der Regel der c. un. C. ne quis in sua (3, 5.) gelangten, ebenso nothwendig müssen wir jetzt zu dem Satze kommen: ein Beamter darf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in eigener Sache nicht vornehmen, wenn eine causae cognitio dabei in Frage steht.[26]

Es bedarf hiernächst noch der Bestimmung, was für eine eigene Angelegenheit zu achten sey. Diese findet sich in objektiver Beziehung in

fr. 1. §. 11. D. quando appellandum sit (49, 4):

Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est, eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.[27]

---

[26]) S. auch v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts I. §. 27 und fr. 13. §. 4. ad S. C. Trebell. (36. 1). Tempestivum est requirere, per quem quis cogatur adire et restituere hereditatem: veluti si praetor aut consul fuerit heres institutus, suspectamque hereditatem dicat: an cogi possit adire, et restituere? et dicendum est, praetorem quidem in praetorem, vel consulem in consulem nullum imperium habere: sed si jurisdictioni se subjiciant, solet praetor in eos jus dicere: sed et si ipse praetor heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit: quia triplici officio fungi non potest, et suspectam dicentis, et coacti et cogentis. Sed in his omnibus casibus et similibus principale auxilium implorandum est.

[27]) Als eigene Angelegenheit gilt daher die Sache des Käufers und des Schenknehmers im Evictionsprozeß für den Verkäufer und Schenknehmer; die Sache des Cessionars für den Cedenten; die des Schuldners für den Bürgen; die der Parthei für den Autor, An=

In subjektiver Hinsicht dagegen ist die Amtsthätigkeit, sowohl in Sachen der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit, aus diesem Grunde insoweit ausgeschlossen, als aus demselben Jemand nicht Zeuge [28]) zu seyn vermag: die Sache des Sohnes, der Tochter, überhaupt der Kinder [29]), der Ascendenten und der Gatten gilt für eine eigene. Die Handlungen eines Beamten sind insoweit nichtig. [30]) Ueber die bezeichneten persönlichen Ver-

---

walt, Prokurator, Notar, Mandatar und künftigen Erben. fr. ult. D. de test. 22. 5. — fr. 17. D. de jurisd. 2. 1. — c. 6. C. de postul. 2. 6. — fr. 17. D. de judic. 5. 1. — Lauterbach coll. Pand. de testib. §. 22. — v. Bülow und Hagemann, Erört. IV. 47. Die Betheiligung muß übrigens eine persönliche seyn. Daher erkennt der Richter über die Einrede der Inkompetenz selbst fr. 2. §. 6. fr. 5. D. de judic. — fr. 2. pr. D. si quis in jus voc. 2. 5; er selbst bestraft die ihm bei Verwaltung seines Amtes widerfahrenen Injurien. fr. 33. D. de injur. 47. 10. — Cap. 1. de poenis in VI°. Voet ad Pand. Tit. de jurisd. §. 51. 2. — Cocceji jus controv. II. 1. qu. 8. exerc. 2.

[28]) L. un. C. Theod. ne in sua causa quis judicet. Promiscua generalitate decernimus: neminem sibi esse judicem debere. Cum enim omnibus in se propriam dicendi testimonii jura facultatem submoverint, iniquum admodum est, licentiam tribuere sententiae. fr. 10. D. de test. 22. 5. c. 10. C. eod. tit. 4. 20. Dem fr. 10. D. de jurisd. 2. 1. cit.: Qui jurisdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori vel liberis suis neque libertis vel ceteris, quos secum habet — entspricht fr. 9. D. de test. Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est. c. 6. C. h. t. Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt. Paulus rec. sent. Lib. V. Tit. 15. §. 3. (Schulting jurispr. vet. antej. S. 488). Adversus se invicem parentes et liberi, itemque liberti, nec volentes ad testimonium admittendi sunt: quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit.

[29]) fr. 201. D. de V. S.

[30]) Eine Schwierigkeit bietet, auf den ersten Blick, fr. 13. §. 5. D. ad S. C. Trebell. 36. 1. Si quis filius familias sit, et magistratum gerat, patrem suum, in cujus est potestate, cogere poterit, suspectam dicentem hereditatem adire et restituere. Man darf aber die Bestimmung dieses Fragmentes nicht aus einer freiwilligen Unterwer-

hältnisse hinaus erstreckt sich aber die Nichtigkeit nicht, eben so wenig als hier der Zeuge von Amtswegen verworfen wird. Wie andere als die bezeichneten Verwandtschaftsbaude in Bezug auf die Fähigkeit an sich [31]) ohne Einfluß sind, so ist dies namentlich auch in Betreff richterlicher Handlungen in der Angelegenheit eines domesticus der Fall. Die Bestimmung des fr. 10. D. de jurisd. greift nicht mehr Platz, da die Stellung des Freigelassenen zum Patronus und des Sclaven zum Herrn mit ihren Folgerungen unseren Rechtsbeziehungen fremd ist. Hegt ein Theil in einem solchen Falle Bedenken gegen den Beamten, so steht ihm, sey es in einem Rechtsstreite oder bei der Vornahme einer freiwilligen Gerichtshandlung, zu, denselben rechtzeitig zu rekusiren. Ist dies nicht geschehen, hat der Betheiligte Handlungen vorgenommen, welche eine Unterwerfung unter das Verfahren des Beamten begründen, so ist dann für ihn der vorhandene Verdacht

---

fung der Betheiligten unter den Ausspruch des Magistratus erklären, was dann für die obigen Fälle nur zu einer relativen, nicht absoluten, Nichtigkeit hinführen würde, während man doch in der That die letztere annehmen muß; vielmehr rechtfertigt sich der Ausspruch des Ulpian durch die Beziehung auf das regelmäßige Verfahren, welches eine causae cognitio nicht erforderte, wie sich aus fr. 4. fr. 6. pr. fr. 9. §. 2. D. ad S. C. Trebell. 36. 1 klar ergiebt. Sufficit enim recusari ab herede instituto, neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas, an non sit; opinio enim, vel metus, vel color ejus, qui noluit adire hereditatem, inspicitur, non substantia hereditatis. Nec immerito; non enim praescribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire, vel cur nolit, quum variae sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam aeris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hereditas, quorundam offensas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hereditas relicta est, sine onere tamen suo. Wo ausnahmsweise eine c. c. vorkam, — fr. 11. pr. fr. 14. §. 1. eod. tit. — durfte wenigstens diese nicht vor dem dekretirenden Magistratus vorgenommen werden. arg. fr. 1. §. 2. D. de off. cons.

[31]) arg. fr. 2. §. 3. D. quando appellandum sit. 49. 4.

kein Rechtfertigungsgrund mehr zur Verwerfung. Nur liegt in der Aufsichtsbefugniß der zuständigen Oberbehörde bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Möglichkeit einer freieren Entschließung über die vorgebrächten Thatsachen, als dies in dem eigentlichen Prozeßgange der Fall seyn kann, jedoch nur in so weit, daß dadurch bereits erworbene Rechte nicht verletzt werden dürfen. Aus der Vereinigung der ausgeführten Rechtssätze gelangt man endlich zu dem Ergebniß, daß die Befugniß zu richtlicher Beurkundung von Rechtsgeschäften (conficiendorum gestorum), eben so wie bei den Notaren nach den Reichsgesetzen, zu deren vollen Beweistüchtigkeit die Eigenschaften eines vollgültigen Zeugen erfordert: — die Inhabilität führt zur Nichtigkeit der Handlung; Verdachtsgründe finden nach dem Obigen ihre Würdigung, sobald sie ordnungsmäßig geltend gemacht werden. Letzteren Falles wird regelmäßig zunächst die Frage zu entscheiden seyn, ob die Urkunde überhaupt für eine öffentliche zu achten, dann aber, wenn dies zu verneinen ist, welche Beweiskraft ihr, namentlich etwa im Hinblick auf andere Beweismittel, beizulegen sey. Nur wenn die Gültigkeit einer Handlung von einer vorgeschriebenen Form abhängig ist, wird ein, aus den Verhältnissen des Beamten zu der Partei hergeleiteter Verdacht, falls ihm überhaupt ein rechtliches Gewicht beizulegen ist, die Ungültigkeit der Handlung selbst zur Folge haben.[32])

---

[32]) Ein von einem Beamten, welcher nicht volle Zeugnißfähigkeit besitzt, aufgenommenes Testament ist nothwendig ungültig. Aber die Zeugnißfähigkeit selbst bestimmt sich, abgesehen von den oben aufgeführten Fällen der absoluten Nichtigkeit, nach der Sachlage. Die Aufnahme des Testamentes eines Bruders ist an sich nicht nichtig; wohl aber kann sich dasselbe in einem gegebenen Falle durch jenes Verhältniß als ungültig darstellen. Ebenso hat die Bestätigung einer Hypothek durch einen Beamten an Grundstücken seines Bruders zu Gunsten eines Dritten an sich volle Gültigkeit. Aber auch

---

sie besteht oder fällt ganz, weil es sich hier um eine nothwendige, nur durch sich selbst, nicht von Außen her aufrecht zu erhaltende Form fragt. Andere Gerichtshandlungen dieser Art dagegen lassen, wie z. B. die Aufnahme eines Protokolles über die Anerkennung eines Vertrags u. s. w., eine Beweishülfe von Außen her unzweifelhaft zu und sind daher, wenn sie auch an sich nicht vollen Beweis liefern sollten, nach Umständen doch von größerem oder geringerem Gewichte.

V.

Kann der prorogirte Richter gezwungen werden, Recht zu sprechen?

Vom

Herrn Oberappellationsgerichtssekretär Dr. A. W. S. Francke
in Kiel.

An dem praktischen Interesse der Frage, ob der prorogirte Richter gezwungen sey, Recht zu sprechen, oder ob zu den Requisiten der prorogatio fori auch die Einwilligung des gewillkührten Richters gehöre, läßt sich mit Grund nicht zweifeln. Mit Grund; denn allerdings könnte man sogar in die praktische Wichtigkeit der ganzen Lehre von der prorogatio fori Zweifel setzen, wenn man mit Busch [1]) annähme: „daß die Fälle ihrer heutigen Anwendung selten seyen, weil die Advokaten sich hüten, vor einem incompetenten Gerichte zu klagen, weil die Richter sich auch wohl selbst bei Ueberreichung des Libells für incompetent erklären, oder vom Beklagten gerichtsablehnende Einreden vorgeschützt werden, welche eine Prorogation unmöglich machen. [2])“

---

[1]) Archiv für civ. Prax. XIX. S. 27.

[2]) Man sollte hiernach glauben, daß die Prorogation nur das Product eines Versehens von Seiten der Partheien oder des Gerichts wäre.

Allein es wird der Ausführung nicht weiter bedürfen, daß die Häufigkeit oder Seltenheit der prorogatio fori eine quaestio facti ist, die lediglich von dem größeren oder geringeren Vertrauen der Partheien zu dem einen oder dem andern Gerichte und von dem Umstande abhängt, ob durch dieselbe eine Abkürzung des Streites bei gleicher Rechtssicherheit erreicht werden kann. In der letzten Beziehung mag es genügen, beispielsweise daran zu erinnern, wie im Holsteinischen Amte Steinburg eine conventionelle Ueberspringung der Unterinstanzen und die sofortige Provocation an das Obergericht zur factischen Regel geworden; daß sich überhaupt im Herzogthum Holstein vielfach bei den Amthäusern eine prorogirte Gerichtsbarkeit durch die Praxis förmlich ausgebildet hat. [3]) An ähnlichen Erscheinungen wird und kann es auch in anderen Territorien nicht fehlen. Doch ist dieß im Wesentlichen gleichgültig. Die Möglichkeit, daß ein durch die Uebereinkunft der Partheien erwähltes Gericht sich von der Behandlung der betreffenden Sache mit oder ohne Grund lossagen möchte, daß durch die Untüchtigkeit eines Richters der benachbarte tüchtige Richter im Wege der Prorogation einen Zuwachs von Geschäften bekomme, liegt am Tage. Es muß also die Frage von entschiedener Wichtigkeit seyn, ob die Gesetze oder der Begriff der prorogirten Gerichtsbarkeit dem Richter das Recht geben, die so an ihn gebrachte Sache von sich abzulehnen. Dennoch hat dieselbe (ich wage es zu behaupten) bisher durchgängig nur eine oberflächliche Beantwortung gefunden, und auch nur hieraus kann ich mir die Erscheinung erklären, daß fast alle Prozessualisten den Satz aufstellen, „der prorogirte Richter könne nicht gezwungen werden, Recht zu sprechen." Schon in der Ausgabe meiner Darstellung des

---

[3]) Die Gerichtsbarkeit des Obergerichts ist in den auf diese Weise hierher gelangten Sachen offenbar eine prorogirte. Vgl. übrigens Schlesw. Holst. Anzeigen Jahrg. 1837. S. 53, 54 und 289, 90. — auch ebendas. Jahrg. 1838. S. 318. 19.

gemeinen und Schlesw. Holst. Civilprozesses Bd. I. §. 51 habe ich dieser Ansicht durch die Hindeutung auf den Gesichtspunkt zu begegnen gesucht, aus welchem allein nach meiner Ueberzeugung die Frage richtig beantwortet werden kann. Meine Auffassung ist von Heffter in seinem System S. 199 gebilligt; dagegen ist nicht allein v. Linde[4]) in der neuesten Ausgabe seines Lehrbuchs bei seiner früher ausgesprochenen entgegengesetzten Ansicht geblieben, sondern es haben auch neuerdings Paulsen (in Richters und Schneiders krit. Jahrb. IV. S. 334) und Dr. Andr. Chr. J. Schmid (in s. Handb. des Civilproz. I. S. 132) zur Unterstützung derselben einige schon früher benutzte Argumente[5]) wiederholt, deren Unhaltbarkeit mich veranlaßt hat, den Gegenstand einer etwas genaueren Prüfung zu unterziehen.

Schon auf den ersten Blick muß es auffallend erscheinen, daß fast alle diejenigen, welche der gewöhnlichen Ansicht, daß der prorogirte Richter zum Rechtsprechen nicht gezwungen werden könne, anhängen, dieselbe nicht mit Entschiedenheit auszusprechen wagen, wie sie mit einer gewissen Aengstlichkeit der Nothwendigkeit, ihren Grundsatz auf ein bestimmtes juristisches Princip zurückzuführen, auszuweichen suchen. Das Beispiel hierzu gab schon Bach in seiner sonst so vortrefflichen Abhandlung de prorogatione jurisdictionis[6]) §. 3. Er sagt in dieser Beziehung:

---

[4]) Mit Unrecht zählt er §. 101. Note 12 mich zu den Anhängern, Glück zu den Gegnern seiner Ansicht.

[5]) Im Wesentlichen dürfte sich übrigens, so viel mir bekannt, das, was zur Begründung derselben überhaupt angeführt ist, eben auf diese Argumente beschränken. Da indessen unser Thema, wie gesagt, bisher nie zum Gegenstand einer motivirten Entwicklung gemacht ist, so bin ich zum Theil auf die Aufgabe einer anticipirten Replik hingewiesen und genöthigt gewesen, die Argumente selbst hervorzusuchen, mit welchen meine Gegner möglicher Weise gegen mich excipiren könnten.

[6]) Opusc. ed. Klotzius no. XI.

Porro cum conventione consensuque privatorum sive litigatorum omnem prorogationem sive translationem jurisdictionis fieri ostenderimus; efficitur, ut neque consensus proprii magistratus, cujus jurisdictio transfertur, nisi forte jurisdictio ei singulari favore data sit; neque consensus, **saltem non expressus**, magistratus ejus, in quem translatio fit, sit necessarius; quamquam magistratus judexque alienus, in quem consenserunt, cogi non potest, ut in homines sibi non subjectos jus dicat.

Man sieht allerdings wohl, daß er hiermit sagen wollte, die prorogatio fori sey durch den Consens des Richters bedingt, es genüge aber eine stillschweigende Einwilligung. Allein eigentlich sagt er mit dürren Worten das Gegentheil: es sey kein Consens nöthig; und er beschränkt diesen Satz nur durch die Worte „saltem non expressus." Wie er über den stillschweigenden Consens denkt, läßt er nur aus der Consequenz der ausdrücklich ausgesprochenen Behauptung errathen, daß der Richter nicht gezwungen werden könne, Recht zu sprechen.

Dem Dr. Schmid verdanken wir folgende Aeußerung:

„Uebrigens ist zur Begründung des forum prorogatum nicht „blos der wirkliche Consens der Partheien, sondern auch noth„wendig, daß der Richter, welcher angegangen werden soll, „wenigstens nicht dissentire, wenngleich eine ohne „Irrthum über seine Competenz ertheilte Einwilli„gung desselben nicht erforderlich ist."

Wem diese nicht recht klar ist, den verweiset er auf die l. 2. pr. §. 1. D. de judic. mit der Versicherung, daß diese allein den von ihm angegebenen Sinn ergeben könne. Da wir auf die Interpretation des Gesetzes zurückkommen werden, so möchten wir vorläufig zur Aufklärung jener Aeusserung lieber auf Bayer [7])

[7]) Vorträge S. 88.

verweisen, welcher wenigstens mit mehr juristischer Bestimmtheit in der Form den in gleicher Weise aufgefaßten Sinn jenes Gesetzes dahin angibt: zur prorogatio fori sey erforderlich, daß der Richter, welcher durch Prorogation zuständig werden solle, die Annahme der Sache nicht ausdrücklich verweigere. Wenn er sich aber in der irrigen Meinung, competent zu seyn, dem Geschäft unterzogen habe, so werde dadurch die Prorogation nicht ungültig.

Schmid fährt dann weiter fort:

„Daß man sich aber für die entgegengesetzte Ansicht nicht „darauf berufen kann, daß ja der prorogirte Richter durch die „Prorogation competent werde, und auf Anfordern sich der „Cognition in den, in den Gränzen seiner Competenz liegenden, „Fällen nicht entziehen dürfe, bedarf wohl keiner Erörte„rung; da es sich hier eben darum handelt, ob ohne seine „Einwilligung seine Jurisdiction begründet werde."

Da ich mich nicht erinnere, daß die Begründung der „entgegengesetzten Ansicht" auf eine dem eben Mitgetheilten ähnliche Weise von einem Andern, als von mir in meiner oben angef. Darstellung des Civilprozesses versucht wäre, so darf ich annehmen, daß diese Bemerkung gegen mich gerichtet ist. Wiewohl sich indessen aus dem Folgenden ergeben wird, daß meine Ansicht von Herrn Dr. Schmid gänzlich mißverstanden ist, so würde doch auch ich hierin allein keine genügende Veranlassung zu einer näheren Erörterung dieses Gegenstandes finden, wenn ich nicht in einer solchen zugleich die Gelegenheit zu finden hoffte, zur Aufklärung desselben einem juristischen Publikum gegenüber beizutragen, welches sich auf vernünftig motivirte Erörterung überhaupt einläßt.

Ich meine nun, daß man jene Interpretation der l. 2. §. 1. cit. nur unter der Voraussetzung als richtig würde gelten lassen können, wenn es sich anderweitig nachweisen ließe, daß wirklich die Erstreckung der Gerichtsbarkeit durch die (stillschweigende) Einwilligung des Richters bedingt sey. Denn das wird man als eine ausgemachte und unzweifelhafte Sache anerkennen müssen, daß die Frage, die hier zu untersuchen ist, mit der Frage,

ob die Einwilligung des Richters zu den wesentlichen Voraussetzungen der prorogatio fori gehört, zusammenfällt. Jener Beweis wird aber von unseren Gegnern auch nicht einmal versucht, vielmehr beschränkt man sich darauf, den Satz, daß die Einwilligung des Richters nicht erforderlich sey, durch die Behauptung zu widerlegen, daß derselbe lediglich auf die erwähnte l. 2. §. 1. gestützt werde, daß diese aber in dem angegebenen Sinne erklärt werden müsse.

Gewiß ist es aber, daß die ganze l. 2. cit. in ihrer wahren Bedeutung erst dann mit Klarheit hervortritt, wenn man sie aus demjenigen Zusammenhange mit der l. 1. cod. nicht herausreißt, welcher durch die ganze Fassung [8]) auch äusserlich deutlich genug zu erkennen gegeben ist, und daß sich alsdann aus diesem Gesetz der Beweis des geraden Gegentheils auf das Strengste ergiebt.

Die l. 1. spricht den allgemeinen Grundsatz aus, auf welchem überhaupt das forum conventionale beruht:

„Wenn beide Partheien sich nach gegenseitiger Uebereinkunft „der Gerichtsbarkeit eines Richters unterwerfen, so kommt es für „den Streit unter den consentirenden Partheien auf das sonstige „Forum des Beklagten nicht an: unter den Consentienten, für „diesen Streit ist die Competenz des angegangenen Richters be- „gründet. [9])

Das Gesetz macht die Competenz des sonst incompetenten Richters von der Uebereinkunft der Partheien, von ihrer conventionellen Unterwerfung [10]) unter seine Jurisdiction abhängig;

---

[8]) Consensisse autem videntur qui etc.

[9]) Si se subjiciant aliqui jurisdictioni, et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis qui tribunali praeest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.

[10]) Die Frage, wie diese Unterwerfung beschaffen seyn, ob sie in dem Erscheinen beider Partheien vor Gericht bestehen müsse, ob es genüge, wenn der Beklagte schon im Vorwege mündlich oder schriftlich dem Richter seine Einwilligung angezeigt habe, u. s. w., gehört nicht hierher. S. übrigens Glück Comm. II. §. 203. S. 177.

dasselbe bezeichnet die Prorogation von gewisser Seite als einen Willensact der Partheien.[11]) Das Gesetz weiß, von dem Act der Subjection abgesehen, von keinem andern Erfordernisse der Prorogation, als von dem Consens der Partheien. — Dieser allgemeine Grundsatz wird nun im Folgenden nach einigen Seiten hin näher beleuchtet. Es fragt sich: wann ist denn der Consens, wie er erfordert wird, vorhanden? Die Antwort lautet: die Partheien müssen über die Wahl des Richters mit dem Bewußtseyn einig geworden seyn, daß sie sein Forum ohnedies nicht sortirten. Die irrthümliche Annahme der Partheien, daß sie sich an den an sich schon competenten Richter wenden, so wie ihr Irrthum in der Person des angegangenen Richters schließt den Begriff des Consensus aus, und es kann mithin hier nicht von einer Competenzbegründung die Rede seyn.[12]) — Es drängt sich demnächst die nahe liegende Frage auf, ob denn der Consens der Partheien genüge, oder ob auch der angegangene Richter seine Zustimmung geben müsse? Die lex Julia judiciaria sagt: quominus inter privatos conveniat; die Antwort lautet daher ganz entschieden und unumwunden: „es genügt der Consens der Partheien.[13])“ — Was nun noch folgt, erscheint als ein nothwendiges Ergebniß des Vorangehenden und ist auch äusserlich

---

[11]) Wie dies aufzufassen, wird sich weiter unten ergeben. Vgl. übrigens l. 3. C. de jurisd.

[12]) Consensisse autem videntur qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus, et in eum consentiant Ceterum si putent ejus jurisdictionem esse, non erit ejus jurisdictio: error enim litigatorum, ut Julianus scribit, non habet consensum. Aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio, aeque error non dedit jurisdictionem: aut si cum restitisset quivis ex litigatoribus viribus praeturae compulsus est, nulla jurisdictio est.

[13]) Convenire autem utrum inter privatos sufficit, an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Julia judiciorum ait: »quominus inter privatos conveniat.« Sufficit ergo privatorum consensus.

als ein solches bezeichnet (proinde); es erscheint als eine Einzelnheit, die sich im Verhältniß zu dem Vorangeschickten argumento a majori ad minus einfach rechtfertigt.

Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire, et putat suam jurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est. Et puto posse defendi, ejus esse jurisdictionem.

Wenn also der Consens der Partheien genügt, wenn mithin der Consens des Richters, weder der stillschweigende, noch der ausdrückliche, erforderlich ist, so kann auch nichts darauf ankommen, ob der angegangene Richter sich in dem Titel seiner Competenz irrt. Gesetzt also, derselbe hätte sich der von den Partheien an ihn gebrachten Sache in der Meinung angenommen, daß der Beklagte zu seiner Jurisdiction gehöre, so ist doch unter der Voraussetzung, daß die Uebereinkunft der Partheien vorliegt, die Competenz desselben begründet.

Aus der Fassung des Gesetzes geht allerdings hervor, daß auch schon damals unter den Juristen einiger Zweifel darüber obgewaltet haben mag, ob der Einwilligung oder Nichteinwilligung des gewählten Richters ein Einfluß auf die Erstreckung seiner Gerichtsbarkeit einzuräumen sey, oder nicht. Allein jedenfalls ist dieser Zweifel durch den dargelegten Inhalt der l. 1. und 2. gelöst; und je weniger es begreiflich ist, wie Bach und seine Nachfolger zu dem daraus gezogenen Schluß gekommen sind, desto entschiedener muß man in denselben den Grundsatz ausgesprochen finden, den er selbst in seinem Vordersatz daraus entlehnt: omnem prorogationem sive translationem jurisdictionis conventione consensuque privatorum s. litigatorum fieri. Die gesetzlichen Worte „sufficit ergo litigatorum consensus" sagen dasselbe, und sie führen mittelst eines einfachen logischen Schlusses zu der hinzugefügten Entscheidung, daß es auf den Irrthum des Richters über seine Competenz nicht ankomme. — — Es wird dabei natürlich immer vorausgesetzt, daß der prorogirte Richter überhaupt im Besitz des betreffenden genus jurisdictionis ist; ein

Umstand, der im römischen Rechte noch nicht von so großer Bedeutung ist, wie in späterer Zeit, wo die gesteigerte Complicirtheit der Gerichtsverfassung, namentlich der privilegirten Gerichtsstände, auch mehrfach die Veranlassung zur Erörterung der Fragen gegeben, wie die dem angegangenen Richter schon beiwohnende Gerichtsbarkeit beschaffen seyn, in welchem Verhältniß sie zu dem sonstigen Forum des Beklagten stehen müsse, um nicht dem Eintritt der prorogatio fori hinderlich zu seyn, und in wie fern die römischen Grundsätze auf die heutige Erstreckung der Gerichtsbarkeit anwendbar seyen. So gewiß es ist, daß eben die Verwandtschaft dieser Punkte mit der von uns aufgeworfenen Frage häufig zu Verwechslungen und falscher Auffassung geführt, so muß es hier doch genügen, darauf aufmerksam gemacht und auf die neuesten Entwicklungen dieser Lehre bei Glück (Comm. III. §. 207) und Busch (Arch. für civ. Prax. XIX. S. 37 ff.) verwiesen zu haben.

Man könnte übrigens noch gegen die im Obigen enthaltene Argumentation einwenden, die benutzten Stellen des tit. D. de judiciis wären nur bestimmt, das Verhältniß der Partheien bei der geschehenen Prorogation festzustellen, und es folge daraus weiter nichts, als daß die Partheien, wenn sie sich der Gerichtsbarkeit des incompetenten Richters einmal mit Bewußtseyn unterworfen haben, sich hinterher nicht auf die Incompetenz berufen dürfen. Allein diese Auslegung dürfte sich auf das Bündigste widerlegen lassen. Zuvörderst spricht schon dagegen die ganze Fassung des Gesetzes. Der Jurist redet nicht von Rechten und Pflichten der Partheien, welche aus ihrer Einwilligung in die Competenz herzuleiten sind [14]); vielmehr sind ihm die beispiels-

[14]) Hätte Ulpian dieß gewollt, hätte er wirklich jenen Satz, an dessen Richtigkeit Niemand zweifelt, aussprechen wollen, so würde er sich etwa so ausgedrückt haben, wie die l. 1. C. de jurisdictione. Hätten die Compilatoren des corpus juris Ulpian's Worte in dieser Bedeutung aufgefaßt, so würden sie dieselben nicht an die Spitze der Lehre von der Competenz gestellt haben.

weise hingestellten Handlungen der Partheien nur die factischen Prämissen, aus welchen er Folgerungen für den Begriff der begründeten oder nicht begründeten Jurisdiction zieht. In allen drei oben näher entwickelten Sätzen lautet das Resultat der Prämisse: inter consentientes judicis . . . est jurisdictio, dann nulla jurisdictio est, endlich puto ejus esse jurisdictionem. Für diese Auffassung entscheidet auch nicht allein der Umstand, daß der Abschnitt der libri ad edictum von Ulpian, aus welchem unsere l. 2. cit. entlehnt ist, de jurisdictione handelte [15]), sondern weit mehr noch dieses, daß die Aussprüche Ulpian's eben im Titel de judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat obenan ihren Platz gefunden. Aus diesem einfachen Umstande gewinnen die Worte der l. 1. »inter consentientes judicis est jurisdictio« offenbar direct und mit Nothwendigkeit die Bedeutung: die Competenz des Richters ist begründet. — Gesetzt aber auch, die obige Auslegung unserer Gesetzstellen ließe sich rechtfertigen, so würde doch daraus zur Widerlegung dessen, was wir daraus herleiten, durchaus nichts folgen. Denn wenn dieselben auch, was keineswegs eingeräumt werden kann, nur dieses auszudrücken bestimmt wären, daß die Partheien sich in dem vorausgesetzten Falle nicht der Einrede des incompetenten Richters bedienen dürften; so würde hierin nothwendig eine entschiedene Anerkennung der richterlichen Competenz für den concreten Fall liegen. Denn unbestritten ist der Satz, daß die Partheien nie und unter keinen Umständen verpflichtet seyn können, sich von einem incompetenten Richter Recht sprechen zu lassen. Verweigert das Gesetz also den Partheien das Recht der hierauf bezüglichen Einrede, so kann der stillschweigend ausgesprochene Grund hierfür nur darin liegen, daß das Gesetz für den vorausgesetzten Fall die Competenz des Richters anerkennt. — Endlich liefert uns noch die l. 3. C. de jurisd. nicht nur

---

15) S. in der Russard'schen Ausg. des corp. jur. die Note ad h. l.

einen Beleg dafür, wie das römische Recht eben ein Mißverständniß der angedeuteten Art zu verhüten gestrebt, sondern auch ein unmittelbares Zeugniß für unser Beweisthema. Sie lautet:

Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio; nec, quod is statuit, rei judicatae continet auctoritatem.

Dieß Gesetz betrachtet den Fall, da die Partheien sich Jemanden zum Richter gewählt, qui nulli praeest judicio, eben von beiden so eben berührten Seiten, und erklärt 1) mit Beziehung auf den Richter: der Consens der Partheien begründet hier keine Jurisdiction, 2) mit Beziehung auf die Partheien: diese können sich auf die Richtigkeit des Urtheils berufen; denn es tritt hier keine res judicata ein. — Umgekehrt folgt aber auch aus diesem negativ sich äußernden Gesetz: Wenn derjenige, über welchen die Partheien übereinkommen, einem judicio praeest, überhaupt (die betreffende) Jurisdiction hat, so wirkt der consensus privatorum gleichfalls nach zwei Seiten: 1) judicem facit [15]), d. h. seine Gerichtsbarkeit für diesen concreten Fall, mithin seine Competenz ist begründet, und 2) die Partheien können sich hinterher auf die Incompetenz des von ihnen gewillkührten Richters excipiendo nicht berufen; denn quod is statuit, rei judicatae continet auctoritatem.

Nachdem ich zur Feststellung des Begriffs und der Voraussetzungen des prorogirten Richters die Worte des Gesetzes habe reden lassen, beantwortet sich die Frage, ob der judex prorogatus gezwungen werden könne, Recht zu sprechen, einfach von selbst. Denn da zugleich mit dem Begriff des pro-

---

[15]) Die Glosse zu dem Anfang des tit. Dig. de judic. trägt auch kein Bedenken, sich dieses Ausdrucks zu bedienen. Obgleich derselbe, wörtlich genommen, sich nicht rechtfertigen lassen würde, haben wir uns doch desselben in der oben hinzugefügten Bedeutung bedienen zu dürfen geglaubt, um das hier zu beseitigende Mißverständniß zu verhüten.

rogirten Richters auch seine Competenz für die consensu partium an ihn gebrachte Sache constituirt ist; so kann es nicht mehr zweifelhaft seyn, daß seine so gewonnene Befugniß Recht zu sprechen (seine Competenz), ihn auch in gleichem Umfange dazu verpflichtet. Und in Gemäßheit jener angedeuteten Bedingung, daß es an dem betreffenden genus jurisdictionis nicht fehlen dürfe, läßt sich die ausgesprochene Regel auch umkehren dahin, daß der von den Partheien gewählte Richter, welcher das begründete Recht in Anspruch nimmt, die Entscheidung der Sache von sich abzulehnen, überhaupt und in keinem Falle als judex prorogatus zugelassen werden und fungiren kann. Wäre es z. B., wie es in den Herzogthümern Schleswig und Holstein der Fall ist, gesetzliche Regel, daß von den beim Untergericht entschiedenen summarischen Sachen nur ein einmaliger Recurs gestattet sey, so würde die Verabredung der Partheien, wonach sie sich das Recht einräumten, auch an die dritte Instanz zu recurriren, erfolglos seyn [16]), weil die Willkühr der Partheien nicht über die objectiven Jurisdictionsgränzen hinaus eine Competenz zu ertheilen im Stande ist. [17])

„Indessen," wendet Herr Professor Paulsen [18]) ein, „obgleich die einzelnen neben einander bestehenden Gerichte zusammen „die eine Staatsanstalt der Rechtspflege ausmachen, und diese „ihre Allgemeinheit es daher angemessen erscheinen läßt, daß, „wenn Streitende es vortheilhaft finden, das eine Gericht an „die Stelle des anderen treten zu lassen, so geht es doch nicht „an, Privatpersonen zu Herren der Staatsbehörden „zu machen. Abgesehen davon, daß dieselben nur so viele Ge-

---

[16]) Ebenso, wenn man eine weltliche Sache an ein geistliches oder Militairgericht bringen wollte u. s. w.

[17]) Zum näheren Verständniß und zum Beweise, daß hierin kein Widerspruch mit den von uns gewonnenen Resultaten liegt, vgl. unten Note 20 und den Text dazu.

[18]) Crit. Jahrb. von Richter und Schneider a. a. O.

„schäfte zu übernehmen brauchen, als der ihnen gesetzlich angewie„sene Wirkungskreis nothwendig mit sich bringt, dürfen sie nicht „einmal ausserordentliche Geschäfte übernehmen, falls dadurch die „Beendigung der ordentlichen leiden würde. Dieß zu beurtheilen, „kann aber nicht den Partheien, sondern nur den Gerichten selbst „zustehen.“

Mittelst dieses Raisonnements wird unsere Frage offenbar in ein anderes Gebiet hinübergespielt. Paulsen will und kann sich auf eine Beantwortung derselben aus den Grundsätzen des römischen Rechts hier nicht einlassen. Wir haben auch nichts dagegen, daß er von denselben abstrahire, und folgen ihm, um ihn richtig aufzufassen, auf den Gesichtspunkt nach, aus welchem er den Gegenstand betrachtet wissen will. Er argumentirt so: „Wenn das römische Recht auch bei der prorogatio fori alles „Gewicht auf den Consens der Partheien legen mag, so paßt „dies doch nicht auf die heutige Stellung unserer Staatsbehörden, „unserer Gerichtsbeamten. Der Berufskreis und die Functionen „unserer Staatsbeamten bilden einen Theil des jus publicum und „jus publicum pactis privatorum immutari nequit.“ — Stände die Sache wirklich so, daß man nach der oben entwickelten Ansicht annehmen müßte, die Partheien hätten das Recht, an dem einmal gesetzlich bestimmten Wirkungskreise der Gerichtsbehörden nach willkührlicher Uebereinkunft Abänderungen vorzunehmen, so würden sich allerdings die dagegen erhobenen Bedenklichkeiten vollkommen rechtfertigen. Allein hierauf eben beruht offenbar das Mißverständniß, welches einer unbefangenen Auffassung im Wege ist. Worin besteht denn die gesetzliche Anweisung des den Gerichten zukommenden amtlichen Wirkungskreises? Doch nicht etwa in der numerischen Bestimmung der ihrer Entscheidung unterworfenen Sachen; nicht in der blosen Feststellung der Territorialgränzen, innerhalb deren der Richter seine Jurisdiction zu üben hat. Abgesehen von dieser letzten, werden die Gränzen der richterlichen Berufssphäre vom Gesetz durch die Hinstellung derjenigen factischen Voraussetzungen bestimmt, durch deren Vorhandenseyn

in concreto die Befugniß des Richters, Recht zu sprechen, bedingt seyn, die Competenz desselben begründet werden soll. Diese vom Gesetz bezeichneten factischen Voraussetzungen der richterlichen Competenz bestehen bald in Zuständen oder Verhältnissen, die an sich von der Willkühr der Partheien unabhängig sind, z. B. in der Belegenheit der Sache, in dem privilegirten Stande des Beklagten u. s. w., bald aber in Ereignissen und Handlungen, in denen auf mehr oder weniger directem Wege der Willkühr der Partheien ein Einfluß auf die Competenzbegründung eingeräumt ist. Wir wollen hier blos des Gerichtsstandes des geschlossenen Contractes gedenken. Faßt man das Princip, welches demselben zu Grunde liegt, so auf, wie dasselbe juristisch und consequent nur aufgefaßt werden darf, und wie dasselbe mit treffenden Zügen in der bekannten Abhandlung von Bethmann-Hollweg[19]) construirt ist, so gewährt dasselbe nicht nur eine unmittelbare Analogie für das forum prorogatum, sondern es ist mit diesem in Beziehung auf die hier fragliche Tendenz sogar identisch und unterscheidet sich von demselben nur dadurch, daß die Absicht der Partheien, sich dem betreffenden Richter unterwerfen zu wollen, in der Prorogation direct, in dem andern Falle implicite durch die Contractserrichtung ausgesprochen wird. Allein mag man dem forum contractus ein anderes Princip zum Grunde legen: immerhin ist doch so viel anerkannt und gewiß, daß dasselbe, ausser der von der Praxis gewöhnlich geforderten persönlichen Anwesenheit oder Angesessenheit der beklagten Parthei, keine andere Voraussetzung kennt, als die Perfection des Contracts; daß mithin auch bei dieser Auffassung das Gesetz die Begründung der Competenz von der Willkühr der Partheien, von dem reinen Factum des auf die Contractserrichtung gerichteten Consenses abhängig gemacht hat. — Paulsen würde nach dem Bisherigen auch behaupten müssen, daß die Partheien, welche durch Einge-

---

19) Versuche, Abth. I. Vgl. auch meinen Civilproz. Th. I. §. 56.

hung eines Contracts den Richter des geschlossenen Vertrags zum Rechtsprechen verpflichten, sich zu Herren der Staatsbehörden machen. Wir wiederholen es aber: der Consens der Partheien ist in dem einen, wie in dem andern Falle nichts als die Voraussetzung, unter welcher das **Gesetz** den Richter für competent erklärt; er ist das Factum, welches nach ausdrücklicher Vorschrift als gesetzliche Bedingung der Zuständigkeit erscheint.[20] Es ist daher ein verfehlter Gesichtspunkt, wenn man glaubt, bei der Begründung der prorogatio fori aus dem Begriff der Beamtenqualität, aus der staatsrechtlichen Stellung der richterlichen Behörde argumentiren zu müssen; und das gewonnene Resultat muß daher nach heutigem Recht so wichtig seyn, wie nach römischem.

Inzwischen habe ich noch einem Einwande zu begegnen, der möglicher Weise aus der l. 57. D. de re judic. (42, 1.) entnommen werden könnte. Man könnte sagen, mit den Worten „et si forte ex consensu judex minor datur sit, scientibus his qui in eum consentiebant, rectissime dicitur valere sententiam“ sey der Willführ der Partheien sogar die Wirkung beigelegt, daß der ob minorem aetatem inhabile Richter durch dieselbe habil gemacht werde. Daß diese Bestimmung auf das neuere amtliche Verhältniß des Richters keine Anwendung leide, werde von Niemanden bezweifelt. Mit demselben Recht müsse man auch behaupten, daß die Römischen Grundsätze über die durch den blosen Consens der Partheien begründete prorogatio fori auf die heutige Stellung der Staatsbehörden überhaupt unanwendbar sey. — Allein abgesehen davon, daß schon in dem oben aufgestellten

---

[20]) Aus dieser Auffassung dürfte sich auch in Beziehung auf die systematische Behandlung der Lehre von den Gerichtsständen mit Nothwendigkeit die Folge ergeben, daß eigentlich gar kein hinreichender Grund zu der Eintheilung in forum legale und conventionale vorhanden ist. In der zweiten Ausg. meines Civilprozesses §. 51. Note 2. habe ich hierauf bereits aufmerksam gemacht.

Gesichtspunkt die Widerlegung eines solchen Einwandes enthalten seyn dürfte, würde man bei einem solchen Raisonnement übersehen, daß in der angef. Stelle von dem judex privatus die Rede ist, den mit dem heutigen Richter-Beamten unter gleiche Grundsätze zu stellen, Niemanden einfällt. Daß das Gesagte auch damals nicht von der richterlichen Obrigkeit gelte, sucht das angef. Gesetz selbst recht scharf hervorzuheben. Zwar heißt es weiter: »proinde si minor praetor sive consul jus dixerit, sententiamve protulerit: valebit. Allein hier beruht die Entscheidung auf anderen Gründen: princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit. Der Grund liegt also darin, daß in der Uebertragung des Magistratus eine stillschweigende Verleihung der venia aetatis liegt.

Sind wir in dem Bisherigen durch den Ausspruch des Gesetzes zu dem Resultate geführt, daß zur prorogatio fori der Consens der Partheien hinreicht, daß mit dem Begriff des prorogirten Richters auch dessen Competenz, und mit dem Begriff seiner Competenz auch ein gleicher Umfang für seine Verpflichtung wie für seine Berechtigung gegeben ist; so haben wir nur noch die Frage aufzuwerfen, ob denn dieses Resultat den Anforderungen der Zweckmäßigkeit widerspricht? — Unsere Gegner scheinen zu besorgen, wenn man dem prorogirten Richter das Recht nicht einräume, die Sache von sich abzulehnen, so könne dies leicht zu einer Geschäftsüberhäufung des Einzelnen führen.[21]) — Hätte das Gesetz zu irgend einer Zeit die Sache so angesehen, wäre zu irgend einer Zeit ein Uebelstand dieser Art bemerkt worden (was

[21]) Eben hier hört man auch manchmal Bedenklichkeiten sich äußern, die aus den Verwechslungen der bereits oben berührten Art hervorgehen. — Die Gränzen, welche überhaupt der Anwendung der Prorogation gesetzt sind, werden durch die Anerkennung unseres Grundsatzes nicht gefährdet. Der Richter wird also z. B. gegen Prorogationen aus dem Auslande gleich sehr geschützt seyn, man mag jenen Grundsatz genehmigen oder verwerfen. — Von dieser Seite bedarf unsere Frage keiner näheren Erörterung.

doch, da die erwähnte Berechtigung des Richters jedenfalls als eine höchst zweifelhafte erscheinen mußte, kaum hätte fehlen können); so würde dasselbe zu einer abwehrenden Verfügung hier so gut Veranlassung genommen haben, wie z. B. in der Feststellung einer Appellationssumme u. s. w. Von einer solchen Verfügung ist aber nie etwas erhört, und dieselbe würde auch in der That als unpassend erscheinen. Der Staat sorgt so viel er kann für eine gleichmäßige möglichst gute Rechtspflege durch coordinirte Beamte: dies Ziel ist ihm leitend bei der Anstellung jedes einzelnen Richters. Er kann es aber der Natur der Sache nach nicht vermeiden, daß der Eine weniger als der Andere seinem Amte gewachsen ist, daß der Eine sich des öffentlichen Vertrauens würdiger macht, als der Andere. Der Staat weiset jedem Richter den Kreis seiner Wirksamkeit an, muß aber die Bestimmung des Maaßes seiner Geschäfte dem zufälligen Umstande überlassen, ob und wie viel der factischen Voraussetzungen, durch welche das Gesetz die amtliche Thätigkeit bedingt, eintreten werden. Was sollte ihn bewegen, die Möglichkeit auszuschließen, daß der tüchtigere Richter auch mittelst der Wahl der Partheien einen größeren Wirkungskreis gewönne, als der minder tüchtige? Warum sollte das Gesetz die Partheien verhindern, auf dem Wege freier Uebereinkunft einen gerechten Rechtsspruch bei dem benachbarten Richter zu suchen, der sich in der Praxis als zuverlässiger, kundiger und prompter bewährt hat, als der eigene Richter? Von einer Geschäftsüberhäufung, von der Gefahr, daß ein gesuchter Richter die Sachen seines eigenen Gerichtsbezirks darüber vernachlässigen könnte, ist nichts zu besorgen. Theils bestätigt sich dies schon, wie gesagt, in der Erfahrung; theils würde schon durch die Verzögerung, die durch einen solchen etwanigen Umstand von selbst herbeigeführt werden würde, die Zahl der Prorogationen auch von selbst sich vermindern. Jedenfalls ließe sich in einem solchen Falle durch die Anordnung einer bestimmten Reihenfolge, wornach die Erledigung der Prorogationssachen gegen die übrigen zurückstehen müßte, genügende Abhülfe bewerkstelligen.

Zum Schluß darf ich mir noch erlauben, einen Gesichtspunkt aufzustellen, welchen die Gegner der von mir entwickelten Ansicht zu benutzen versäumt haben, und welcher mir eine Zeitlang unter allen gegen dieselbe redenden Argumenten am meisten verführerisch gewesen ist. Man könnte nämlich folgendermaaßen raisonniren: Daß der Richter die bei ihm angebrachte Klage wegen nicht vorhandener Competenz zurückweisen kann, ohne dem Beklagten durch Communication Gelegenheit zu geben, sich darüber zu äußern, ob er in seine Competenzbegründung einwillige, versteht sich von selbst. Von hier aus möchte man nun versucht seyn, weiter zu gehen und zu behaupten: wenn auch beide Partheien gleichzeitig vor dem Richter die Erklärung ihres Consenses abgäben, so ändere dieß in jener Auffassung nichts. Denn der Richter müsse das Recht haben, die Sache so aufzufassen, wie sie in ihren einzelnen Bestandtheilen nach den allgemeinen Regeln in der Prozeßordnung aufeinander folgen; der Beklagte könne im Prozeß erst durch die richterliche Ladung und Mittheilung der Klage Gelegenheit bekommen, sich über den Competenzpunkt zu erklären; der Richter müsse also unter allen Umständen berechtigt seyn, zu verfahren, als läge nichts weiter vor, als der einseitige Antrag des Klägers, er müsse das Recht haben, auch den consentirenden Partheien gegenüber, sich auf seine Incompetenz zu berufen, und auf diesen Grund hin den Kläger zurückzuweisen. — Der Fehler liegt aber bei dieser Argumentation, wie immer, in derselben Verwechselung. Wäre es überhaupt möglich, daß der Richter hier noch von seiner Incompetenz reden könnte, so würde es sich auch von selbst verstehen, daß er die Sache zurückweisen könnte. Allein es ist ja eben bewiesen, daß unter Voraussetzung des Consenses der Partheien seine Jurisdiction für den concreten Fall, seine Competenz, begründet ist. Man übersieht es also, daß er, den sich seiner Jurisdiction freiwillig und gemeinschaftlich unterwerfenden Partheien gegenüber, bereits der competente Richter ist; und es bleibt daher immer und ewig der Begriff und der Umfang seiner Competenz das allein Entscheidende. — Zum Ueberfluß

füge ich noch eine Bemerkung aus der Schleswig Holsteinischen Gesetzgebung hinzu, welche als Analogie zur Widerlegung jenes Raisonnements noch beitragen mag. Die provisorische Gerichtsordnung für das Kieler Oberappellationsgericht von 1834 schreibt vor, es dürfe eine zweite Dilation überhaupt nicht anders ertheilt werden, als mit Genehmigung des Gegners. Das Oberappellationsgericht müßte hiernach unzweifelhaft das Recht haben, die eingegangene Bitte um eine zweite Fristerstreckung dem Gegner mitzutheilen, um ihm Gelegenheit zu geben, seinen Consens oder Dissens zu erkennen zu geben. (Daß dieß indeß nicht geschieht, bedarf nicht der Erwähnung.) Hat aber der Appellant (oder Appellat) dafür Sorge getragen, daß sein Dilationsgesuch sofort mit dem vom Gegner darauf notirten Attestat seiner Einwilligung (seinem vidi) versehen ist, so ist das Oberappellationsgericht rechtlich genöthigt, die Dilation zu ertheilen.

VI.

Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien.

Erste Folge.

Von
dem Herrn Professor Dr. E. Huschke
in Breslau.

---

1. Zur Lehre von der purgatio vitii gestohlener Sachen.

L. 4. §. 7. D. de usurpat. et usuc. (41, 3.)

PAULUS lib. 54. ad Edictum. —

Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit: videri in potestatem meam redisse. Commodius dicitur, etiam si sciero, redisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit; si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui: nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem ejus nactus sim.

Eine schwierige Stelle, von deren bisherigen Erklärungen keine genügt und meistens die eine die andere an Gewaltsamkeit und Willkühr übertrifft. Man vergleiche ausser der Glosse CUJA-

cius Recit. in lib. 54 Pauli ad edictum (Opp. ed. Mut. Tom V. p. 709.) — A. AUGUSTINUS Emend. 1, 3. — POTHIER Pand. Just. 41, 3. §. 21. — RYGERBOS Obs. jur. Rom. c. 1. p. 8. — P. J. de FREMARY Diss. de ration. vet. Ictor. p. 37. — Unterholzner Verjährungslehre Bd. 1. S. 230 flg. — Sintenis in der Uebersetzung des Corpus juris Bd. 4. S. 301 flg., welcher letztere übrigens die Unterholzner'sche Erklärung gut widerlegt und auch den frühern Theil der Stelle bis Nec enim sufficit genügend erklärt hat. Bis dahin bietet aber auch die Stelle in der That keine Schwierigkeiten dar. Labeo sagte, daß, wenn eine zum Peculium gehörige Sache des Sclaven ohne Wissen des Herrn entwandt und von dem Sclaven wieder erlangt sey (natürlich auch ohne Wissen des Herrn, da Labeo davon schweigt und, wenn der Herr es wußte, die reversio in potestatem domini sich ganz von selbst verstanden hätte), sie als in die Gewalt des Herrn zurückgekehrt betrachtet werden müsse. Paulus behauptet dieses aber erweiternd oder verbessernd, als durch die utilitas erfordert (commodius est), auch für den Fall, daß der Herr um den geschehenen Diebstahl wußte. Aber wie stimmt hierzu der hinzugefügte Grund Nec enim sufficit etc.? Dieser Satz sagt ja gerade das Gegentheil von dem, den er rechtfertigen soll, nämlich es reiche zur purgatio vitii nicht hin, daß der Sclav ohne Wissenschaft des Herrn den Besitz der Sache wiedererlange.

Statt die zur Beseitigung dieser Schwierigkeit bisher gemachten Versuche weitläufig zu widerlegen, was völlig unnütz wäre, da sie sich auf den ersten Blick selbst widerlegen, wollen wir sofort bemerken, daß das geläufige Nec enim sufficit eine Corruption des weit selteneren Nec enim officit ist, und auf Grundlage dieser wiederherzustellenden Lesart die ganze Stelle erklären.

Zu den Controversen unter den Juristen der ersten Kaiserzeit gehörte auch die, ob zum Besitzerwerbe durch den Sclaven die Wissenschaft des Herrn um den vom Sclaven ergriffenen Besitz schlechthin erforderlich sey, oder ob, wenn eine zum Peculium des

Sclaven (oder des filius familias) gehörige Sache zur Frage stehe, der Sclav den Herrn nicht blos dem Corpus, sondern auch dem Animus nach vertrete. Daß das Letztere Ansicht des Sabinus und Cassius gewesen, berichtet Paulus in demselben 54ten Buch zum Edict l. 1. §. 5. D. de acquir. poss. (41. 2). Javolenus war eben dieser Meinung, jedoch unter Voraussetzung eines gerechten Besitzerwerbes, l. 24. D. eod. und zu Julian's (l. 12. §. 2. 22. §. 3. D. de captiv. (49, 15). — l. 16. D. de obl. et act. (44, 7), Papinian's und Paulus Zeit war sie schon so allgemein gebilligt, daß man nur noch nach den Gründen dieses besondern Rechtes des Peculiarbesitzes fragte l. 44. §. 1. l. 1. §. 4. 5. l. 4. D. eod. — l. 3. §. 3. l. 47. l. 15. pr. D. de usurp. (41, 3). — l. 23. §. 3. D. ex quib. caus. mai. (4, 6). Man könnte daher selbst zweifeln, ob wirklich wenigstens das Haupt der entgegengesetzten Schule anderer Ansicht gewesen sey. Doch läßt sich dieses nicht blos aus l. 29. D. de captiv. (49, 15), sondern auch aus unserer Stelle entnehmen. Denn offenbar beruhen die beiden Fragen: ob, wenn der Sclav ein Peculium hat, hinsichtlich der Erlangung des Besitzes der dazu gehörigen Sachen und hinsichtlich der Wiedererlangung derselben nach geschehenem Diebstahl es blos auf das Bewußtseyn und den Willen des Sclaven ankomme, oder auch der Herr wissen und wollen müsse, auf einem und demselben Princip. Wer wegen der universellen Natur eines zugestandenen Pekulium, in Folge deren der Sclav factisch als Dominus dieser universitas erschien und nur der Wille des Herrn erforderlich war, daß der Sclav diese universitas habe, die vermöge ihrer geistig-persönlichen Natur auch einen selbstständigen animus für die in ihr jeweilig enthaltenen einzelnen Sachen und die damit ohne Alterirung der universitas selbst vorgehenden juristischen Veränderungen voraussetzten, — wer dieserhalb für die Besitzerlangung von Peculiarsachen blos auf Bewußtseyn und Willen des Sclaven sehen zu dürfen glaubte, der mußte es eben so auch für die Frage von der Wiedererlangung der gestohlenen Sache nach dem Atinischen

Gesetze. In dem einen und dem andern Falle ist von einer factischen, animo et corpore sich vollziehenden Gewalt über die Sache die Rede, die nur im letztern Falle zugleich eine Wissenschaft darum, daß die Sache als gestohlene wiedererlangt sey, erfordert.

Labeo wollte nun in dem Falle aus der Lex Atinia eine solche Stellvertretung des Sclaven auch hinsichtlich des animus nur dann zugeben, wenn der Diebstahl ohne Wissen des Herrn geschehen wäre. Paulus behauptet dagegen, daß auch wenn der Herr den Diebstahl erfahren hatte, die bloße Besitzwiedererlangung des Sclaven ohne Wissenschaft des Herrn zur purgatio vitii hinreiche, und stützt seine Behauptung eben so auf die utilitas (commodius est), wie Papinian den andern oben angeführten Satz l. 44. §. 1. D. de acquir. poss. (41, 2). Denn, sagt er, mein Nichtwissen der Wiedererlangung durch meinen Sclaven schadet nicht, — weil nämlich hier das Wissen und Wollen des Herrn blos darauf, daß der Sclav das Peculium auch hinsichtlich dieser Sache haben soll, gerichtet seyn muß, hinsichtlich der Entfernung der einzelnen Sache als solcher aus dem Peculium und ihrer Zurückgelangung in dasselbe aber, als durch den Sclaven vollständig vertreten, unerheblich ist. Wenn also der Herr nur inzwischen fortdauernd gewollt hat, daß die Sache zum Peculium gehören solle, so schadet sein Nichtwissen um die Wiedererlangung durch den Sclaven nicht (si modo in peculio eam esse volui); denn wäre freilich dieses nicht der Fall, hätte der Herr inzwischen die Sache dem Peculium entzogen, so würde er selbst (also auch der Sclav mit seinem Wissen) die Sache wieder in seine Gewalt gebracht haben müssen, damit sie wieder usucapirt werden könnte.

Hieraus folgt weiter (§. 8. Ideoque), daß wenn der Sclav selbst eine (Peculiar- oder andere) Sache des Herrn stiehlt, die Rückkehr blos dadurch, daß er sie wieder an ihren Ort gestellt, nur dann angenommen werden kann, wenn der Herr von dem Diebstahl nichts wußte; wenn er ihn dagegen wußte, er auch die

Wiedererlangung erfahren haben muß. Aber in wiefern folgt dieses? In der That nicht ohne Weiteres, wohl aber mit Hülfe des Satzes, daß die Stellvertretung für Jemanden dann nicht gilt, wenn sie sich wider ihn selbst gekehrt und damit aufgehoben hat. Eine andere Folge ist die des §. 9, daß, wenn der Sclav eine Sache des Herrn, die nicht in seinem Peculium war, entwendet und zum Peculium genommen hat, der Fehler nicht gereinigt wird; sondern nur dadurch, daß er sie wieder als des Herrn Sache an ihren Ort stellt, oder sie mit Wissen des Herrn als Peculiarsache behandelt; denn eben weil der factische animus domini für das Peculium der einer andern Person als des Herrn ist, kann man auch nicht sagen, daß sie, zum Peculium gezogen, in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt sey.

---

2. Ueber die usurpatio des vorjustinianischen Rechts im Verhältniß zur späteren.

L. 5. D. de usurpat. (41, 3.)

Gajus lib. 21 ad Edictum provinciale. —

Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Nec eo casu quicquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit, necne. Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.

Bynkershoek's Aenderung (Obs. 4, 25.) cui eripit ist längst durch Cujacius Erklärung des adversus mit im Verhältniß zu beseitigt. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre Bd. 1. S. 462. Aber so offenbar richtig der überlieferte Text ist, eben so schwierig ist sein Verständniß. Denn was soll das heißen: der Besitz (und mit ihm die Usucapion) werde in diesem

Falle nicht blos im Verhältniß zu dem, der ihn entreiße, sondern im Verhältniß zu allen unterbrochen? Versteht sich das letztere nicht von selbst und giebt es etwa eine Besitzesunterbrechung, die blos im Verhältniß zu dem, der sie bewirkt, die Usucapion aufhöbe? Das Justinian'sche Recht kennt dergleichen — abgesehen von der Verordnung Justinian's in l. 2. C. de exc. Ital. contr. (7, 49), die Gajus nicht berücksichtigt haben kann — nur bei der longi temporis possessio et praescriptio, indem es bei dieser allerdings denkbar ist, daß z. B. der Eigenthümer durch zeitige Anstellung der Vindication die praescriptio vermeidet, während der Pfandgläubiger, der erst nach zehn Jahren klagt, ausgeschlossen wird. Aber dieses nannten weder die Alten, noch Justinian jemals mit dem jetzt dafür üblichen Ausdruck civilis usurpatio, auch handelt Gajus offenbar nur von Unterbrechung des Usucapionsbesitzes (vgl. die aus demselben Buche entnommene l. 1. D. eod.).

Seine Stelle erklärt sich durch eine Aeußerung von Cicero, die man zwar schon oft angeführt hat, aber, wie es scheint, ohne sie selbst und ihre Beziehung zu dem Pandektenfragment recht zu verstehen. In einer lückenhaften Stelle de orat. 3, 28. §. 110. drückt Cicero den Gedanken, daß die neuern Philosophen und Rhetoren von einer gewissen Eintheilung des Redestoffs, deren die alten Weisen im eigenen praktisch-politischen Leben sich zu bedienen pflegten, nur gleichsam den Schatten in dem von ihnen ertheilten Unterricht übrig behalten hätten, in folgendem Bilde aus: Atque hactenus loquuntur (illi, quanquam rhetores) etiam hac in instituendo divisione utuntur, sed ita, non ut jure, aut judicio, aut (woraus die Herausgeber vi oder aut vi oder ut vi machen) denique recuperare amissam possessionem, sed ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videantur. Nam illud alterum genus, quod est temporibus, locis, reis definitum, obtinent, atque id ipsum lacinia . . . . Alterum vero tantummodo in prima arte tradenda nominant et oratoris esse dicunt: sed neque vim, neque naturam ejus, nec partes, nec

genera proponunt, ut praeteriri omnino fuerit satius, quam attentatum deseri. Vgl. eine ganz verwandte bildliche Ausdrucksweise über wesentlich dieselbe Sache im vorhergehenden Kapitel §. 108 : Sed quoniam de nostra possessione depulsi in parvo et litigioso praediolo relicti sumus, et aliorum patroni nostra tenere tuerique non potuimus : ab iis, quod indignissimum est, qui in nostrum patrimonium irruperunt, quod opus est nobis mutuemur.

Viele verstehen nun jenes Abbrechen eines Zweiges mit Ernesti (Clavis v. defringere) von der Vorbereitung der manuum consertio, die man an dem abgebrochenen Zweige vorgenommen hätte; sicher irrig, da theils zu diesem Zwecke herkömmlich eine Scholle diente (Gaj. 4. 17. Fest. v. Vindiciae), theils eine Tautologie herauskommen würde, wenn nach jure aut judicio eine diese einleitende Handlung erwähnt wäre. Aus eben diesem Grunde kann man auch aut vi, wenn man so lesen will, nicht auf die die Vindication vorbereitende vis ex conventu, sondern dürfte es nur auf wirkliche Gewalt, wodurch man sich gegen den Eingedrungenen im Besitz erhält oder sich den verlorenen Besitz wiederverschafft, beziehen. Doch möchte das handschriftliche aut eher in ā ut aufzulösen und das letzte Wort zu geminiren (aut utut) oder auch aut denique recuperare beizubehalten seyn in dem Sinne, daß durch denique nur das Wort recuperare einen besondern Nachdruck im Gegensatz zu dem folgenden usurpare erhalten soll: „nicht daß es ihnen darauf ankäme, durch Recht (Prätor) oder Gericht oder überhaupt (nur auf irgend eine Weise) den verlorenen Besitz wiederzuerlangen, sondern nur darauf, ihn nach civilrechtlicher Form durch Abbrechung eines Zweiges zu usurpiren." Dieser letzte Ausdruck ist nun nach der Zusammenstellung mit ex jure civili offenbar im Kunstsinne gebraucht und er weist nur darauf hin, daß es im alten Recht wenigstens für Grundstücke eine eigene civilrechtliche Art der Unterbrechung der Usucapion und der Sicherung der Eigenthumsklage gegen dieselbe gab, die in einer symbolischen Besitz-

handlung bestand, als solche aber den Besitz nicht wirklich unterbrach. Durch zweierlei wird dieses unterstützt; durch die Natur der Usucapion selbst als eines civilrechtlichen Erwerbes, der eine eben solche auf dem Gebiet des rechtlich Factischen sich haltende Unterbrechungsart des Besitzes mit sich bringt, wie dieser selbst ein das Factum überwiegend in das Recht hineinziehender Besitz ist (nach Ausweis z. B. der von der hereditas vollendbaren Usucapion l. 31. §. 5. l. 40. l. 44. §. 3. h. t.), und das trinoctium usurpatum ire der Frau, wodurch sie von der in manum conventio usu nach den zwölf Tafeln sich frei erhalten konnte. (Gell. 3, 2. — Macrob. Sat. 1, 3. — Gajus 1, 111.) Denn daß auch hierin nur ein symbolischer Act zu sehen ist, ergiebt schon die Natur der Ehe als eines im Consense ruhenden Verhältnisses, das durch eine bloße ohne die Absicht, das eheliche Zusammenleben aufzuheben, bewerkstelligte Entfernung der Frau aus dem Hause des Mannes nicht als unterbrochen angesehen werden kann, und die Vorschrift gerade eines trinoctium, eine wirkliche Unterbrechung des ehelichen Umganges, die übrigens ohne Zweifel den usus ebenfalls verhinderte, konnte nur darin erblickt werden, daß der Notar oder sonst Jemand dem Manne die Frau wirklich entzog oder diese selbst ohne Willen der Rückkehr sich von ihm entfernte, in beiden Fällen gleichviel, auf wie lange Zeit. Galt nun ein solcher symbolischer Act für den usus der Frauen, so denn gewiß auch für die Usucapion der Grundstücke, wo er nur nicht lege (Macrob. l. c.) Statt fand, sondern erst später durch die Jurisprudenz (jure civili Cicero 4, 1.) eingeführt war. Für seine frühere Geltung beim usus spricht auch der Ausdruck usurpare selbst, der nach seiner Ableitung (Müller Rhein. Mus. Bd. 5. S. 200 flg.) von usu rapere*) auf bewegliche Gegenstände und

---

¹) Nicht usum rapere, wie Müller will. Dieses zeigt die Analogie von jurgare = jure agere und daß man sagt usurpare z. B. uxorem (Gell. l. c.) servitutem (l. 6. §. 1. l. 8. §. 1. l. 9. D. quemadm. serv. amitt. 8, 6).

näher auf einen symbolischen Gegensatz zu dem symbolischen rapere der ältesten Hochzeitsfeierlichkeiten (FEST. v. Rapi) hindeutet.

Gehen wir nun wieder auf die Stelle des Gajus zurück, so wird diese vollkommen deutlich, sie giebt uns aber selbst auch über das Recht der civilen usurpatio erst volles Licht. Das Wort Naturaliter, womit er beginnt, zeigt, daß er unmittelbar vorher von der Unterbrechung, welche civiliter geschah, gehandelt hatte. Es gab also nach altem Recht zwei Arten der Unterbrechung des usus und Usucapionsbesitzes, die civilrechtliche, in einem herkömmlichen symbolischen Akte bestehende, wodurch nicht eigentlich der Besitz, sondern die Usucapion unterbrochen wurde, weßhalb man sie alljährlich (bei Grundstücken alle zwei Jahre) wiederholen mußte, um die Usucapion zu verhindern; und die natürliche, die darin bestand, daß man den Besitzer mit Gewalt aus dem Besitz setzte oder bei beweglichen Sachen ihm dieselben wirklich entriß. Eine wichtige Verschiedenheit in den Wirkungen, die sich aus diesem Unterschiede der Unterbrechungsart selbst ergiebt, war nun nach Gajus die, daß die civilrechtliche usurpatio die Usucapion blos in Beziehung auf den Usurpanten selbst unterbrach und folglich nur dann Kraft hatte, wenn er wirklich der bisherige Eigenthümer war, der sie in der Absicht, sein Eigenthumsrecht zu schützen, vornahm; wogegen die natürliche, weil sie ein absolutes Erforderniß der Usucapion aufhob, im Verhältniß zu allen wirkte, und namentlich auch dann, wenn der Eigenthümer ein anderer als der Usurpant war, die Usucapion hinderte. Ja selbst darauf kam nichts an, ob der naturaliter usurpans die Besitzunterbrechung unternahm, um dadurch sein (wirkliches oder vermeintliches) Eigenthum gegen die Usucapion zu schützen, — also die Sache pro suo in Besitz nahm, oder sich blos aus gewinnsüchtiger Absicht (nach gewöhnlichem Ausdrucke pro possessore) in Besitz setzte (vergl. Unterholzner a. a. O. S. 462. Anm. 454). Hiernach konnte nun auch die usurpatio einer Ehefrau, die filia familias war, nur gelten, wenn der Vater sie wieder in sein

Haus führte; war sie sui juris, so konnte sie sich zu Verwandten begeben.

Auch die Stelle des Cicero wird nun aber vollkommen verständlich. Diese Rhetoren, welche die politische Redekunst der alten Weisen, die den Staat selbst leiteten, nur noch in ihren Schulen betrieben, glichen einem Eigenthumsprätendenten, der es nicht mehr wagt, sein Eigenthum durch Klage und Gericht oder überhaupt irgend wie reell durch Wiedererlangung des Besitzes geltend zu machen, sondern sich mit einer Ausübung desselben im Bilde begnügt, um doch noch dem Namen nach sein ursprüngliches Recht zu behaupten.

Was den ursprünglichen Begriff von usurpare betrifft, so dürfte es nur auf die civile Unterbrechung des usus durch einen entgegengesetzten bildlichen usus gegangen und der Gebrauch des Worts für die natürliche Besitzunterbrechung erst eine Ausdehnung der spätern Jurisprudenz seyn. Dafür spricht nicht blos die Definition des Paulus l. 2. h. t. est usucapionis (nicht possessionis) interruptio, und was oben über die erste Anwendung des usurpare auf das Eheverhältniß bemerkt wurde, sondern auch die überwiegende Beziehung des Ausdrucks auf den Zweck der Erhaltung des Eigenthums gegen die Usucapion, der in der natürlichen Besitzunterbrechung nicht so nothwendig liegt, sondern nur auch liegen kann. Wiederum scheint aber auch das ganze Ersitzungsinstitut in der ältesten Jurisprudenz, wir meinen nach Vertreibung der Könige, mehr von der Seite der Erhaltung des Eigenthums gegen den Verlust durch die Usucapion als von der Seite eines Eigenthumserwerbs aufgefaßt worden zu seyn, so daß usurpare auch wohl ein älteres Kunstwort war, als usucapio. In diesem Geiste sind sämmtliche Gesetze der zwölf Tafeln über die Verjährung abgefaßt, das über die usurpatio der Frau, die Festsetzung einer bestimmten Zeit, welche der usus auctoritas dauern sollte, damit man darin nicht, wie früher, von der willkührlichen Deutung der langen Zeit durch die patricische Obrigkeit abhängig wäre, und die aeterna auctoritas adversus

hostem und rei furtivae. Derselbe Geist war der empfängliche Boden für die blos von der Jurisprudenz aufgebrachte usurpatio in Anwendung auf Sachen, in ihm faßte man die Usucapion als eine Unterlassung der usurpatio und somit als eine alienatio auf (l. 28. pr. D. de verb. signif. 50, 16) und nur so erklärt sich auch die uns sonderbar scheinende Wortfolge in der Ueberschrift des Pandektentitels de usurpationibus et usucapionibus und daß Appius Claudius Centemmanus ein eigenes Buch de usurpationibus schrieb (l. 2. §. 36. D. de orig. jur. 1, 2), welches ohne Zweifel die Formulare (actiones) enthielt, deren man sich bei der usurpatio bediente, und nur nebenbei von der Usucapion handelte, was denn für die Jurisprudenz der ganzen Folgezeit maßgebend wurde. Daß aber diese Seite damals mehr hervortrat, hatte theils in der Richtung jener Zeit auf die aequitas, theils darin seinen natürlichen Grund, daß blos beim Usurpanten eine seine Rechte wahrnehmende Thätigkeit obwaltete, während auf der Seite des Usucapienten Alles stillschweigend und ohne Theilnahme der Jurisprudenz ablief.

Ob auch für bewegliche Sachen eine civile usurpatio galt, ist schwer zu sagen. Einiges Moment dafür liegt in der Entgegensetzung der natürlichen und civilen Unterbrechung in der Stelle des Gajus, besonders den Worten quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Auch kann man die allgemeine Aeußerung in l. 1. h. t. und Gaj. 2, 44 dafür anführen, die Zeit von einem oder zwei Jahren sey ad inquirendas res, nicht ad recuperandas hinlänglich erschienen, indem damit berücksichtigt zu seyn scheint, daß schon eine Erforschung des in fremden Händen befindlichen Eigenthums hinreichte, worauf man sogleich durch stets wiederholte usurpatio sich sichern konnte, nicht aber auch die sofortige Anstellung der Klage nothwendig war, die Schwierigkeiten haben konnte, und jedenfalls dient die Anwendbarkeit der civilis usurpatio auf Sachen sehr dazu, die Kürze der alten Verjährungsfrist, die in der ganzen Kaiserzeit fortdauerte, erklärlicher zu machen.

Galt sie nun auch für bewegliche Sachen, so bestand sie da wahrscheinlich nur in einer feierlichen Protestation mit Auffassung derselben, natürlich unter Zuziehung von Zeugen, die bei keiner usurpatio gefehlt haben werden.

Mit größerer Zuversicht läßt sich behaupten, daß die civilrechtliche usurpatio auch bei städtischen Grundstücken anwendbar war, da auch sonst beide Arten von Grundstücken dasselbe Usucapionsrecht haben. Nur mußte auch hier eine der Natur dieser Art von Grundstücken entsprechende symbolische Besitzhandlung, z. B. ein Hineintreten in das Haus oder in den Bauplatz zu der Protestation hinzukommen. Hierauf beziehe ich Scävola's Responsum in L. 13. D. pro emptore (41, 4). Alienam aream bona fide emit et ante impletam diutinam possessionem aedificare coepit: ei denunciante domino soli intra tempora diutinæ possessionis perseveravit. Quæro, utrum interpellata sit, an cœpta duraverit? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, non esse interpellatum. Man könnte freilich annehmen, die Stelle habe sich schon in ihrer ursprünglichen Gestalt auf die longi temporis praescriptio bezogen. Aber dann würde sie Justinian wohl nicht in diesen Titel, sondern in den de diversis temporalibus præscriptionibus aufgenommen haben.

Die Vermittelung zwischen der juristischen Bedeutung von usurpatio und der später gewöhnlichen für frequens usus lag wohl theils darin, daß die usurpatio alljährlich wiederholt werden mußte, theils in der Geflissentlichkeit des usus, den man zur Erhaltung seines Eigenthums vornimmt. Denn genauer hat das gewöhnliche usurpare wohl nur den Sinn eines wirklichen Gebrauchs im Gegensatz des Abgekommenseyns eines Zustandes oder eines Dinges, womit sich freilich der Begriff der Häufigkeit des Gebrauchs (der viridis observantia) leicht verbindet; ausserdem auch oft den der Anmaßung eines Rechts, was sich aus der juristischen Wortbedeutung eben so leicht erklärt.

Justinian hat diese civilis usurpatio aus seinem Rechtsbuche weggelassen, während er eine verwandte symbolische Hand-

lung, durch welche man sich gegen ein am eigenen Boden von einem Dritten begonnenes Werk im Besitze erhielt und prätorische Rechtsmittel sicherte, den lapilli jactus, aufnahm (l. 1. §. 6. l. 20. §. 1. D. quod vi aut clam [43, 24]. — l. 5. §. 10. D. de o. n. n. 39, 1.): ohne Zweifel, weil die bei er Usurpation zu sprechenden lateinischen Wortformeln schon vor ihm im Orient abgekommen waren und er bei seiner Verschmelzung der longi temporis possessio mit der alten usucapio in allen materiellen Beziehungen von dem ersteren, dem Geiste seiner Zeit verwandteren Institut ausging. Bei diesem hatte aber schon von Anfang an die litis contestatio als Unterbrechung des Zeitraums, den die temporalis præscriptio voraussetzte, gegolten, indem alle Einreden bei diesem Prozeßacte vorgeschützt und nach dem Werthe, den sie zu dieser Zeit hatten, beurtheilt werden müssen. l. 26. C. de rei vind. (3, 32). — l. 10. C. de praescr. long. temp. (7, 33).— l. 10. C. de acquir. poss. (7, 32).

Ohne Zweifel galt diese Unterbrechung aber auch für die in rem actio, die schon vor Justinian die Wirkung der longi temporis possessio war, da sie nur als eine andere Form des Schutzes desselben prätorischen Rechtes betrachtet werden kann. Inzwischen hatte Justinian in seiner l. un. C. de transform. usuc. über die Usucapion bei der umgewandelten Usucapion nichts Besonderes bestimmt und in den Pandekten ältere Stellen aufgenommen, nach denen die Usucapion auch nach der Litiscontestation noch vollendet werden kann. Erst später wurde er inne, daß nun der Wegfall der alten civilis usurpatio bei der Usucapion eine wirkliche, wenn auch wegen der verlängerten Usucapionsfristen nicht so empfindliche Lücke zur Folge gehabt habe, indem dem Berechtigten in solchen Fällen, wo er durch Gründe in der Person seines Gegners gehindert war, seine Klagen auch in den längeren Fristen gegen ihn anzustellen und damit die Verjährung unschädlich zu machen, nichts übrig blieb, als mit Gewalt dessen Besitz zu unterbrechen (sua auctoritate res usurpare), womit er aber wieder in die spätern Strafen der unerlaubten Selbsthülfe

verfiel. Daher führte er denn durch l. 2. C. de annali exc. Ital. contr. (7, 40) eine neue, zugleich auf die usucapio und praescriptio berechnete Art der Unterbrechung der Verjährung, durch öffentliche oder gleichsam öffentliche Protestation ein, die ihrer Form nach als Wahrnehmung seines Rechts vor der Obrigkeit offenbar von dem bisherigen Recht der praescriptio entlehnt war und die man insofern mit Recht die civilis usurpatio des Justinian'schen Rechts nennen könnte, als sie historisch in die Stelle der eigentlichen civilis usurpatio trat und dieselbe Bedeutung, wie diese, hatte, insbesondere auch darin, daß sie nicht adversus omnes sondern nur zu Gunsten des Protestanten galt. Auf sie kann man denn auch den Gegensatz, den die Stelle des Gajus stillschweigend im Auge hat, beziehen, wenn man das Corpus juris, ohne alle Rücksicht auf Geschichte, als ein kaiserliches Gesetzbuch betrachtet.

---

3. Zur Lehre vom Zinsrecht beim Depositum.

L. 29. §. 1. D. depositi (16, 3).

Paulus lib. 2. Sententiarum.

> Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine praestare mihi cogitur.

Nämlich ex pacto vel ex mora, versteht man gewöhnlich hinzu, wiewohl man fühlt, daß nach dem Wortlaut Paulus zu sagen scheint, schon der bloße Gebrauch verpflichte zu diesen (Bynkershoek Obs. 8, 5.), was aber gegen die Natur der Sache und l. 24. D. eod. seyn würde. Es wird aber um so härter, als Paulus die Verpflichtung des Depositars zu Verzugszinsen an einer andern Stelle dieses Buchs (Collat. 10, 7. §. 7) allgemein ausgesprochen hat, was nur auf das sogenannte depositum irregulare gehen kann. Allein noch weit bedenklicher ist, daß

Paulus in demselben Buche der Sententiae (Collat. 10, 7. §. 9) nach dem gewiß richtigen Blume'schen Texte auch sagt: Si pecuniam deposuero, eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur, quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit, was nach l. 9. §. 9. D. de reb. cred. (12, 1) vgl. l. 1. §. 34. D. depos. (16, 3), jedenfalls heißen soll, daß mit der gegebenen Erlaubniß die deposita pecunia sich in eine pecunia credita verwandele, die doch nicht zu den b. f. contractus gehört. Endlich liegt auch darin wenigstens etwas Schiefes, daß Paulus anzunehmen scheint, erst mit dem wirklichen Gebrauche, nicht schon mit der Gestattung gehe das Eigenthum über und beginne daher die Möglichkeit der Zinszahlung, was mit l. 9. §. 9. vgl. l. 10. D. de reb. cred. (12, 1) im Widerspruch steht. Ohne Zweifel ist also die Stelle verderbt. Die HSS. bezeichnen uns die Worte ex permissu als muthmaßliche Stelle der Verderbniß, indem ex in manchen, namentlich denen des Haloander fehlt. Man möchte nun sine permissu meo vermuthen. Für richtig halte ich aber mit demselben Sinne impermissu meo, da dann das blos überstrichene i für in von dem vorhergehenden Si um so leichter verschlungen werden konnte, als die Abschreiber ein Wort impermissu für unmöglich hielten. Allerdings kommt es auch sonst nicht vor, das Adjectiv inpermissus hat jedoch Horaz und nach injussu konnte eben so gut inpermissu gebildet werden, wie nach jussu populi das seltene scitu plebis, welches die Lexica auch erst seit Kurzem aufgenommen haben. Lesen wir nun aber so, so verschwinden nicht nur alle Schwierigkeiten, sondern es entsteht auch der befriedigendste Sinn. Paulus nimmt auf die Rechtsnorm Bezug, daß in allen b. f. negotia derjenige Zinsen zahlen muß, der Gelder seines Contrahenten wider dessen Willen in eigenen Gebrauch verwendet. Da sie auch sonst für die pecunia deposita anerkannt ist (l. 3. 4. C. eod. 4, 34), so konnte sie in seinen Sententiae nicht gut fehlen. Sie steht hier aber auch ganz am passenden Ort. In l. 28. D. eod. hatten die Compilatoren aus Scävola's Responsen eine Stelle aufgenommen,

nach welcher der Depositar, der seinem Gläubiger geschrieben hat, er werde dafür sorgen, daß sein Geld ihm nicht brach liege, sowohl wenn er Zinsen dafür eingehoben, als auch, wenn er es in sein Geschäft verwendet habe, Zinsen zahlen muß; daran schloß sich denn die l. 29 sehr natürlich an. In dem Buche des Paulus selbst aber war an dieser Stelle überhaupt von den Verpflichtungen des Depositars aus unrechtmäßigen Handlungen die Rede. L. 29. pr. = Collat. 10, 7. §. 5 sagt, daß der Depositar, welcher einen ihm anvertrauten versiegelten Beutel mit Geld contrectire, auch furti verhaftet werde, und wie unmittelbar damit die Zinspräſtation in eben diesem Falle für das juristische Bewußtseyn zusammenhänge, zeigt l. 3. C. h. t., die auch beides zusammenstellt. Darauf folgt in Collat. 10, 7. §. 6 die Verpflichtung des Depositars zur doli praestatio und in §. 7 die zu Früchten und Zinsen ex mora. Auf den Fall der Gestattung des Gebrauchs von Seiten des Deponenten kommt dagegen Paulus erst in einem ganz andern Zusammenhange, nämlich bei der Frage bei der ex deposito zuständigen Klage in §. 9. Nach allen diesen Gründen wird es uns nun an unserer Conjectur auch nicht irre machen können, daß der Fehler auch schon in den HSS. stand, welche bei den Basiliken zum Grunde lagen (lib. 13. tit. 2. th. 29. tom. II. p. 59. Heimb.) und welche Stephanus und Cyrillus gebrauchten (ibid); noch weniger aber die Erklärung, welche diese von der falschgelesenen Stelle geben, indem sie zwischen einer ausdrücklichen Verstattung, welche das Depositum in Mutuum verwandele, und einer stillschweigenden, welche die Zinsverpflichtung zur Folge haben soll, unterscheiden.

---

4. Zur actio arborum furtim caesarum.

Ein *ἅπαξ λεγόμενον* scheint auch das Verderbniß folgender Stelle verursacht zu haben.

L. 5. pr. D. arb. furt. caes. (47, 7):

Paulus lib. 9. ad Sabinum. — Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa. Cingere est deglabrare; subsecare est subsecuisse; non enim poterat cecidisse intelligi, qui serra secuisset.

Serra secuisse in einer Brenceman'schen HS. ist offenbar bloße Conjecturalemendation des sinnlosen subsecuisse und läßt es unerklärt, wie die Abschreiber auf dieses Wort kamen. Paulus aber wird subserravisse geschrieben haben, welches einmal subs'-rauisse abgeschrieben wurde. Das Wort ist aus dem allbekannten serrare regelmäßig gebildet, um „unten absägen" auszudrücken. War es aber auch nicht besonders üblich, so hatte Paulus doch das Interesse, in seiner Erklärung den Begriff des subsecare nicht verloren gehen zu lassen. Anders am Schluß der Stelle, wo es ihm blos darauf ankam, die Verschiedenheit der Bedeutung von caedere und secare zu bemerken.

---

5. Zur Lehre von der novatio, dotis dictio und Correalobligation.

L. 31. §. 1. D. de novation. (46, 2).

Eine andere Stelle, deren Verderbniß weit hinaufreicht, da sie in allen HSS., auch denen der Basilikenverfasser (lib. tit. 26. 4. th. 31) erscheint, ist meines Erachtens der Schluß von l. 31. §. 1. cit. Nachdem Venulejus (lib. 3 stipulationum) bemerkt hat, daß einer von duo rei stipulandi durch empfangene Zahlung des Ganzen durch Acceptilation und litis contestatio unbestritten auch das Forderungsrecht des andern aufhebe, kommt er auf die wegen der Novation zu Anfang aufgeworfene Frage mit folgenden Worten zurück:

Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specia-

liter agit, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus; alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur.

Allgemein versteht man diese Stelle so, als wenn nach ihr die Novation in jedem Falle und mit Nothwendigkeit die ganze Correalobligation aufhebe. Dieses sagt aber Venulejus nicht, sondern blos liberare eum ab altero poterit mit der nähern Erklärung: quum id specialiter agit, welche Worte von manchen ohne Grund für ein Emblem mit Rücksicht auf l. 8. C. de novat. (8, 42) gehalten werden; denn in unserer Stelle ist davon die Rede, ob es ausdrückliche Absicht sey, den Schuldner auch von dem andern reus frei zu machen, wogegen Justinian verordnet hat, es müsse um eine Novation der bisherigen Obligation (also hier der eigenen des novirenden reus) annehmen zu dürfen, die bestimmte Absicht derselben erhellen. Venulejus Meinung geht also dahin, es komme auf die Absicht der Partheien an, ob der Schuldner durch die Novation blos von dem novirenden reus selbst, oder von der ganzen bisherigen Obligation frei werden solle, und da er das letztere nur als möglich setzt und dafür einen speciellen Willen fordert, meint er offenbar, daß man an sich nur eine personae exemptio annehmen dürfe. Auch ist es wohl einleuchtend, daß der novirende reus blos beabsichtigen könne, den Inhalt dessen, was er zu fordern hat, durch die Novation anders zu bestimmen, wo denn die Novation keineswegs einer Zahlung gleichsteht, d. h. die bisherige Obligation nicht von ihrem Object aus aufhebt, sondern nur die Bedeutung hat, das subjective Verhältniß des reus zu dem Schuldverhältnisse anders zu bestimmen, für ihn die Obligation zu einer andern zu machen. Eben so läßt es sich denken, daß ein Gläubiger, der Correalschuldner hat, nur die Schuld des einen persönlich in eine andere verwandeln wolle, indem er z. B. von ihm statt Geldes, welches

er nicht hat, Getraide stipulirt, und man muß dies hier um so mehr annehmen, als ja der Gläubiger, wenn er die ganze Obligation noviren will, quod uterque reus oder quod ille aut ille debet, stipuliren wird (l. 34. §. 2. l. 32. D. h. t.). So kann auch der Gläubiger eines filiusfamilias theils die ganze Schuld, theils nur die Verhaftung des Vaters aus derselben de peculio oder de in rem verso noviren l. 57. D. de jure dot. 23, 3 (wiewohl in dem Falle dieser Stelle auch wenn nur des Vaters Schuld aufgehoben werden sollte, deren Betrag auch auf die des filiusfamilias in Abrechnung kommen müßte).

Wann liegt nun aber die Absicht in der Novation, die ganze Obligation aufzuheben, oder, wie es in unserer Stelle heißt, wann ist sie ea stipulatio, quae similis solutioni sit? Venulejus gibt dafür drei Beispiele an, in denen diese Absicht unzweifelhaft vorliege: 1) wenn der Correus seinen Schuldner seinem Gläubiger delegirt und dieser von demselben stipulirt habe; 2) wenn eine Frau, die ein Grundstück (von dem ihr mit einem andern gemeinschaftlichen Schuldner) zu fordern hat, ihn veranlaßt, dasselbe ihrem Manne zu versprechen; 3) wenn sie diesen Schuldner selbst heirathen will und ihm das ihr geschuldete Grundstück verspricht (ἢ αὐτῷ τῷ χρέως ἢ μέλλουσα γαμεῖσθαι εἴπῃ αὐτῷ, τὸν ἀγρὸν ἔχειν ἐν προικὶ Basil). Dieses ist der nothwendige Sinn des überlieferten Textes. Aber hinsichtlich des zweiten und dritten Beispiels stoßen wir an zweierlei an. Erstens am Ausdrucke. Im zweiten Beispiele ist es hart, daß die Person nicht genannt wird, der die Frau das Grundstück dem Manne zu versprechen befiehlt, zumal da die Frau auf keine Weise als eine rea stipulandi bezeichnet wird; in dem dritten, daß man nun vollends nicht weiß, auf wen ipsi gehen soll, und eum, wenn man ipsi, wie man freilich muß, von dem gemeinschaftlichen Schuldner versteht, grammatisch auf diesen beziehen müßte, während es doch auf den hier gar nicht genannten fundum gehen soll. Zweitens ist nicht abzusehen, was in beiden Beispielen das mit solcher Absichtlichkeit auftretende Grundstück zur Sache thun

soll. Offenbar müßte doch auch von andern Sachen dasselbe gelten; denn daß die Frau am Dotalgrundstück größere Rechte hat, als an andern Sachen, kann da nichts austragen, wo es blos darauf ankommt, den Umfang der Befreiung des Schuldners zu bestimmen, der ja auch, wenn er dem Ehemanne etwas Anderes versprochen hätte, dieses zahlen müßte. Ohne Zweifel ist also der Text verderbt.

Wir lesen:

alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier eundem jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti debitum promiserit (statt dessen ursprünglich stand dixerit?)

Die Abkürzung d., welche dem und dum bedeutet, und die Aehnlichkeit von E und F hat den ersten Fehler veranlaßt; aus debitum aber konnte wegen der Aehnlichkeit von debi und doti um so leichter eum gemacht werden, als man einmal glaubte, es komme hier auf den fundus etwas an. Man könnte ausserdem annehmen, das promiserit aus expromiserit verderbt sey; allein schon das nuptura ipsi, was offenbar absichtlich abweichend von dem vorher angenommenen Falle einer vielleicht schon bestehenden Ehe gesetzt ist, zeigt, daß der Jurist hier an eine dotis dictio dachte. Auch wüßten wir nicht, wie eine expromissio des Schuldners durch ein umgekehrt vom Gläubiger ihm geleistetes Versprechen möglich wäre, da hierin nicht sowohl eine novatio obligationis durch Veränderung irgend eines ihrer Bestandtheile bei übrigens fortdauernder Obligationssubstanz, als die vorher gleichsam durch Zahlung angenommene Zerstörung alles obligatorischen Inhalts und die darauf hinzugefügte Errichtung einer neuen Obligation nicht aus dem Stoff der bisherigen liegen würde.[2]) Damit würde denn aber der offenbaren Absicht der

[2]) Es wäre dieses also eben so wenig eine mögliche novatio obligatio-

Partheien zuwider eine doppelt so große Dos bestellt werden, als die Schuld betrug. Auch findet sich kein Beispiel einer solchen Expromission. Eine dictio dotis in dieser Weise kommt dagegen öfter vor. L. 44. §. 1. l. 45. pr. l. 57. 77. D. de jure dot. (23, 3.) Hasse Güterrecht der Ehegatten §. 84a. Aber entsteht hier nicht dasselbe Bedenken, da, wie man gewöhnlich meint, auch die dictio nur eine Obligationsform ist? Die römischen Juristen nehmen dieses jedoch nicht an, und mit Recht; denn die nur vor eingegangener Ehe übliche und gültige Dictionsform illud tibi doti erit spricht nicht so, wie die der Stipulation, (dare spondesne?) eine Obligirung, sondern mehr die Ansagung oder Verkündigung (dictio) einer bei Eingehung der Ehe hinzugebenden Dos aus (vgl. Hasse a. a. O.), so daß ihre eigentliche Bedeutung in der Hingabe liegt. Daraus erklärt sich, weßhalb die dictio zwischen der datio und promissio mitten inne steht — sie war gleichsam nicht mehr ganz eine datio, aber doch der Absicht nach und weil die angesagte datio fast nie ausblieb, mehr als eine bloße promissio; es erklärt sich daraus ferner, weßhalb eine dos dicta, (denn auf sie ist dieses Gewohnheitsrecht ohne Zweifel zu beschränken, da die stipulatio stets ihrem allgemeinen strengen Rechte folgt) wenn sie in Quantitäten bestand, d. h. Sachen, die nicht ein für alle Mal da zu seyn, sondern jahreweise gewonnen zu werden pflegen, nur terminweise annua, bima, trima die eingeklagt werden konnte; denn da hier auf die datio alles Gewicht fiel, und eigentlich gar keine Obligation beabsichtigt war, sondern

---

nis, sondern ein doppeltes Geschäft — Aufhebung der bisherigen Obligation durch pactum conventum und Errichtung einer neuen Obligation — wie wenn bei der beiderseitigen Erfüllung eines Kaufcontracts dessen Aufhebung beliebt wird, man auch nicht mehr sagen kann, er sey durch contrarius consensus aufgehoben worden, sondern ein doppeltes Geschäft, Aufhebung des bisherigen Kaufs durch Erfüllung und Schließung eines neuen annehmen muß. §. 4. J. quib. mod. obl. toll. (3, 30) etc.

nur die mit grober Verletzung der dictio ausbleibende datio eine solche begründen konnte, so war billiger Weise die Zusage erfüllt, wenn nur die drei ersten Jahresernten zur datio benutzt wurden. Auch liegt darin der materielle Grund, weßhalb eine filiafamilias dotem dicendo nicht obligirt wurde (Fragm. Vat. §. 99, irrig erklärt von v. Tigerström Dotalrecht Bd. 1. S. 115). Denn da der inmittelst erfolgende Tod ihres Vaters nur contra bonos mores hätte vorausgesetzt werden können, so war eine von ihr angesagte datio eben so rechtlich unmöglich und darum nichtig, wie die Sponsalien selbst, d. h. die versprochene Hingabe ihrer Person in die Ehe. bei einem vorhandenen Ehehinderniß. Freilich kam dazu auch noch ein formeller Grund. Man gewährte nämlich aus der dotis dictio überhaupt nur deßhalb eine (stricti juris) actio, weil sie gewissermaaßen eine zu dem alten sponsus des Vaters oder der selbstständigen Braut, wodurch die uxor selbst versprochen wurde, wegen der ihr natürlich folgenden res uxoria von den Spondenten hinzugefügte lex war, die unter dessen Verpflichtungskraft mit zu stehen schien; die filiafamilias nuptura wurde aber nur von ihrem Vater in die Ehe spondirt, spondirte selbst ursprünglich gar nicht, sondern widersprach nur nicht (daher l. 12. D. de sponsal. 23, 1) und konnte also auch keine lex sponsus hinzufügen. Endlich erklärt sich aus diesem Wesen der dictio auch noch, weßhalb blos sie und nicht die promissio auf Schulden des Mannes an die Braut oder deren Vater anwendbar war. Denn ein doti promittere dessen, was man zu fordern hatte, wäre, wie oben gezeigt, etwas ganz Unpassendes gewesen; dagegen konnte und mußte man die Ansagung Quod tibi debeo, doti tibi erit offenbar im Sinne einer datio durch Nachlaßvertrag auslegen, da sie als solcher sofort mit Eingehung der Ehe eine Erfüllung der Bestellung der Dos enthielt; auch bemerkt Julian in l. 44. §. 1. cit. ausdrücklich, daß die Braut durch diese dictio nicht obligirt werde. Ganz dasselbe ist zu behaupten, wenn ein pactum dieses Inhalts zwischen Braut und Bräutigam oder Mann und Frau abge-

schlossen wurde. L. 12. §. 2. l. 25. l. 58. §. 2. D. de jure dotium (23, 3). Darüber aber scheinen die römischen Juristen verschiedener Ansicht gewesen zu seyn, ob der Schuldner durch eine solche dictio oder pactio ope exceptionis pacti conventi oder ipso jure befreit werde. Das erstere nehmen Marcellus und Ulpian in l. 12. §. 2. l. 44. §. 1. cit. an. Der letzteren Ansicht scheinen Julian in l. 46. §. 1. (verb.: pecuniam marito condicet), Tryphonin in l. 77. cit. (verb.: quia illa obligatio tota tolleretur) und Paulus in l. 25. cit. Diese Meinungsverschiedenheit ist der über die Frage ähnlich, ob durch die Verabredung, daß ein Mandatar das dem Auftraggeber auszuzahlende Geld als Mutuum behalten solle, ein Mutuum entstehe (l. 34. pr. D. mandati 17, 1. — l. 15. D. de reb. cred. 12, 1), und über die, ob durch in solutum datio der Schuldner ipso jure oder ope exceptionis befreit werde.

Venulejus in unserer l. 51. §. 1 mag nun für Aufhebung der Schuld ipso jure gewesen seyn, so daß in dieser Beziehung eine solche dictio einer Novation formell gleichstand: wiewohl auch, wenn man Aufhebung ope exceptionis angenommen hätte, das praktische Resultat dasselbe seyn würde, wie auch Hasse bemerkt. Daß der Jurist aber überhaupt einen Fall hinzufügt, der keine eigentliche Novation, sondern eine bloße Aufhebung der Obligation enthielt, hat nichts Auffallendes, da es ihm nicht darauf ankommt, ob eine neue Obligation entsteht, sondern ob die bisherige durch einen einer eigentlichen Novation verwandten Fall ganz oder nur für die Person der dicirenden correa aufgehoben werde (vgl. auch darüber Hasse a. a. O.).

Das innerlich Verwandte der drei Beispiele, wodurch in allen die Aufhebung der ganzen bisherigen Obligation ausser Zweifel gesetzt wird, besteht nun aber darin, daß in allen offenbar die Substanz der Obligation zu dem eingegangenen Geschäfte verwandt wird, indem die Geschäfte ausserdem gar keinen Sinn haben würden. Denn im ersten wird ein anderer Creditor mit der Delegation bezahlt, was unmöglich wäre, wenn ihm der

Vortheil seiner neuen Obligation gegen den expromissor durch den correus des Delagans noch sollte entzogen werden können. Im zweiten Fall bestellt die Frau mit der Schuld ihres delegirten Schuldners eine Dos, auch wieder unmöglich, wenn die Bereicherung des Mannes von der Zufälligkeit abhängen sollte, ob der andere correus nicht früher klagen oder Zahlung empfangen würde. Im dritten hätte der Mann gleichfalls keine Dos empfangen, wenn er noch dem correus zahlen müßte. Hiernach wird es nun leicht seyn, auch in andern Fällen zu bestimmen, ob die Novation blos für einen oder alle correi wirke. Der Eintritt einer andern Person ist keineswegs entscheidend, um eine Ausnahme von der Regel zu begründen. Denn wenn ein correus seinen Schuldner schenkungshalber einem Dritten delegirt, so müssen wir wegen der Ungunst der Schenkungen eher annehmen, daß blos das correale Recht des Deleganten habe novirt werden sollen. Dasselbe um so mehr, wenn ein correus debendi von einem Dritten schenkungshalber expromittirt wird. Dagegen wird allerdings im Falle einer Novation ohne Aenderung der Person es sich nicht leicht denken lassen, daß nach der bloßen Natur des Geschäfts eine Ausnahme von der Regel angenommen werden müßte, und deßhalb sagt Venulejus von vorn herein si unus ab aliquo (d. h. ab alio quo) stipuletur. Ganz anders bei der Novation durch litis contestatio, welche, weil sie Zahlung zu erlangen bezweckt, stets die Substanz der Obligation ergreift. So oft nun aber blos das correale Verhältniß der Person novirt wird, hört zwar eine eigentliche Correalobligation auf, aber es würde von den beiden nebeneinander bestehenden Obligationen wegen der zustehenden Exceptionen immer blos die eine geltend gemacht werden können (l. 8. §. 5. D. h. t.).

Was nun aber von der Novation gesagt ist, muß noch viel mehr vom pactum gelten, welches gar nicht einmal die Obligation civilrechtlich aufhebt, sondern nur den Paciscenten vor deren Geltendmachung schützt. Es kommt also blos dem correus debendi paciscens, seinem Mitschuldner nur dann zu Gute, wenn es theils

in rem abgeschlossen ist, theils der Paciscent ein Interesse daran hat, daß auch jener nicht belangt werde, weil er dann seinen Regreß an ihn nehmen würde, also im Falle der Societät; und aus dem pactum eines correus credendi steht dem Mitgläubiger überhaupt keine exc. pacti entgegen. L. 21. §. 5. l. 22. 24. 25. pr. §. 1. l. 27. pr. D. de pactis (2, 14). — l. 71. §. 1. D. de fidejuss. (46, 1). — l. 3. §. 3. D. de liber. leg. (3, 43). Allein wenn das Pactum in einem Geschäft besteht, welches seiner Natur nach keinen Sinn haben würde, wenn nicht die ganze Obligation aufhörte, wie z. B., wenn die correa credendi die Schuld dotis causa erläßt, dann gilt es auch für Alle und gegen Alle.

Gelegentlich bemerken wir noch, daß Eid und folglich auch Vergleich mit Unrecht als stets die ganze Obligation aufhebend aufgeführt zu werden pflegen. In der Regel werden sie freilich den Zweck haben, über den Inhalt der Obligation selbst zu verfügen l. 28. pr. §. 3. D. de jurejur. (12, 2); aber es läßt sich auch denken, daß der beizulegende Streit nur de persona, nicht de ipso contractu et de re geführt worden wäre, vgl. l. 28. §. 1. fin. D. eod., und dann würde auch die Einrede nur ihr oder gegen sie zustehen. Die Compensation nennt man gewöhnlich (Mühlenbruch Pandektenrecht §. 493. — Puchta Pandekten 1844. §. 235) unter den Aufhebungsgründen, welche blos die Person ausschließen, nach l. 10. D. de duobus reis (45, 2): Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Allein diese Stelle sagt blos, daß der belangte eine reus die Gegenforderung seines Mitschuldners nicht anders zur Compensation gebrauchen könne, als wenn er mit ihm in Societät stehe, denn nur dann hat sein socius, eben so wie beim pactum, ein Interesse daran, daß die beiden Forderungen auch in diesem Prozesse gegeneinander aufgehoben werden. Deßgleichen würde auch ein klagender correus credendi die Compensation mit einer Forderung gegen seinen Mitgläubiger sich eben so wenig gefallen zu lassen brauchen, wie

die exceptio pacti. Dagegen kann es keinen Zweifel haben, daß wenn ein correus credendi oder debendi durch Compensation mit einer Gegenforderung abgefunden oder befreit ist, dieses stets die ganze Obligation aufhebt, da die Compensation der Zahlung gleich gilt. — Die capitis deminutio entnimmt stets nur die Person des correus debendi der Obligation und befreit den Mitschuldner nicht L. 19. D. de duobus reis (45, 2). Eben so die confusio; besteht jedoch durch Societät Gemeinschaft des Gewinns und Verlusts unter den correi, so kann der socius des erbenden oder beerbten correus nur für seinen Antheil noch klagen oder belangt werden. L. 71. pr. D. de fideiuss. (46, 1).

Des Schlusses der L. 27. pr. D. de pactis (2, 14), die oft als unserer Stelle widersprechend angeführt wird, haben wir nicht gedacht, weil er sich offenbar gar nicht auf die Novation, sondern auf das pactum bezieht.

---

6. Die Novation der Schuld alternativer Schuldner.

L. 32. D. de novation. (46, 2).

Paulus lib. 1. ad Neratium.

Te hominem, et Seium decem mihi dare oportet, stipulor ab altero novandi causa ita: quod te aut Seium dare oportet: utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur obligationem.

Merito? Vielmehr ist diese Entscheidung handgreiflich falsch. Denn wenn mir zwei Personen unabhängig von einander die eine dieses und die andere jenes schuldig sind, und ich stipulire von einem unter ihnen oder auch von einem Dritten novandi animo, was mir die eine oder die andere schuldig sey, so wird offenbar nicht beides, sondern nur das eine von beidem in die neue Stipulation hineingebracht und novirt, welches von beidem wird aber erst

mit der Zahlung offenbar, bei welcher nach der Natur der auf ein alterutrum gerichteten Obligation die Wahl dem Schuldner zusteht, und so wird inzwischen keiner der beiden bisherigen Schuldner durch die Novation befreit, sondern erst mit der Zahlung derjenige, dessen Schuld der Promissor zahlt, mit welcher Zahlung denn aber zugleich dessen eigene alternative Obligation und zwar diese auch durch Zahlung, und die des einen frühern Schuldners und zwar diese durch die Novation, deren Bedingung jetzt eingetreten ist, erlöscht. So entscheiden auch Marcellus und Ulpian in L. 8. §. 4. D. eod. Si decem, quae mihi Titius debet, aut decem, quae Seius debet, a Tertio stipulatus fuero, putat Marcellus, neutrum liberari, sed Tertium eligere posse, pro quo decem solvere velit. Deßgleichen Celsus L. 26. D. eod. Si is, cui decem Titius, quindecim Seius debebat, ab Attio stipulatus est, quod ille aut quod ille debeat, dari sibi, novatum utrumque non est: sed in potestate Attii est, pro quo velit, solvere et eum liberare. Fingamus autem, ita actum, ut alterutrum daret, nam alioqain utrumque stipulatus videtur, et utrumque novatum, si novandi animo hoc fiat.

Sollen wir nun einen Irrthum des Neratius und Paulus und eine Antinomie in demselben Titel statuiren? Um diesem Aeussersten zu entgehen, nimmt man gewöhnlich auf die Schlußbemerkung des Celsus in. L. 26. Bezüg und sagt, die Entscheidung des Neratius und Paulus gelte für einen Fall, wo aus den Umständen erhelle, daß der alternative Ausdruck copulativ gemeint sey. Aber diese Voraussetzung wird doch rein in die Stelle hineingetragen, und es leuchtet ein, daß da eine solche Abweichung vom Wortsinne nur nach strengstem Beweise dieser Absicht der Parteien angenommen werden könnte, die beiden Juristen immer noch darin auf unbegreifliche Weise geirrt haben und mit L. 8. §. 4. und L. 26. im Widerspruch stehen würden, daß sie diese Absicht der Parteien als sich von selbst verstehend betrachteten.

Von diesem Vorwurf werden sie befreit, wenn wir den Text von einem kleinen, freilich in alle HSS. (auch die der Basil.

Lib. 26. tit. 4. th. 32.) eingeschlichenen Fehler säubern. In den ersten Worten Te hominem et Seium decem mihi dare oportet ist nämlich et aus ā, d. i. aut entstanden. Lesen wir so, so wird ein Fall der Art vorausgesetzt, daß z. B. ein Testator bestimmt hat: Dem Titius soll mein Erbe Mevius einen Sclaven oder mein Erbe Seius zehn geben. Hier ist zwar wegen Ungleichheit des Inhalts keine eigentliche Correalobligation entstanden, aber es besteht doch una causa obligationis in den verschiedenen Personen, so daß wenn der eine zahlt, auch der andere liberirt wird L. 15. D. de duobus reis (45, 2), und dasselbe gilt auch von den andern Aufhebungsarten ganz nach Analogie der Correalobligation, wenn auch die übrigen nur ope exceptionis wirken. Wenn nun hier der Gläubiger von einem der Schuldner oder von einem Dritten stipulirt: was der eine oder der andere schuldig sey, so wird offenbar beides in die Stipulation deducirt, weil es selbst nur ein alterutrum war, und folglich auch novirt. So enthält diese Stelle einen neuen bemerkenswerthen Fall, der auch nach L. 8. §. 4. und l. 26 der Berücksichtigung werth war, und wurde deßhalb mit gutem Grunde aufgenommen. Dieser Fall dient aber auch sehr zur Verdeutlichung dessen, was unter der vorigen Nummer über die Novation der Correalobligation gesagt worden ist. Denn wenn der Gläubiger mehrerer correi eben so stipulirt hätte, so würden ohne Zweifel auch beide durch Novation befreit. Wenn dagegen in unserm Falle der Gläubiger blos stipulirt hätte quod Seium dare oportet, so würde dessen alternativer Mitschuldner nicht befreit werden und eben so denn auch nicht der andere correus, wenn der Gläubiger blos die Schuld des Einen in der neuen Stipulation erwähnte.

---

7. Berichtigtes Beispiel eines Rechtsirrthums bei der Usucapion.

L. 31 pr. D. de usurp. (41, 3.)

Paulus lib. 32 ad Sabinum.

Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest; et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum usucapi non posse : quia iuris error est.

Viel hat man sich mit dem aus Proculus referirten Beispiele gequält, ohne einen genügenden Sinn herauszubringen, zum Theil aber auch falsche Folgerungen daraus gezogen. Vergl. Schulting's Notae ad Pand. Tom. VI. p. 424. Die Stelle gehört zu denen, die blos durch Nichtbeachtung einer Sigle unverständlich geworden sind. Man löse nur das Schluß-m von errorem in modo auf (denn errorē bedeutet schon allein errorem) und man hat ein sehr passendes Beispiel. Wenn der, welcher von einem Pupillen gekauft und tradirt erhalten hat, den Tutor irrthümlicher Weise blos zu Anfang des Verkaufs und nicht auch bei der Uebergabe, weil diese ja eine nothwendige Folge von jenem sey, hat Auctor werden lassen, so befand er sich in einem Rechtsirrthum und kann nicht usucapiren. — Der ungeschickte Ausdruck post longum tempus venditionis peractum wird auf die Compilatoren zu schieben seyn.

8. Beispiel eines Fehlers durch irrige Annahme einer Sigle.

L. 31. §. 3. D. de don. inter vir. (24, 1.)

Pomponius lib. 14 ad Sabinum.

Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrum-

que unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, melius dicetur, communia ea esse pro portione pretii, nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum.

Nur um durch ein neues Beispiel es anschaulich zu machen, wie oft auch dadurch Fehler entstanden sind, daß man etwas für Sigle nahm, was es nicht war, bemerken wir die Kleinigkeit, daß tandem, wofür die Vulgata tamen, Haloander tantum hat, aus dem richtigen tam id entstanden ist.

---

9. Zur Lehre von der civilis und naturalis temporis computatio.

L. 101. D. de regulis iuris (50, 17.)

Paulus lib. singulari de cognitionibus.

Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est : ita enim et Imp. Antoninus cum divo patre suo rescripsit.

Lägen nicht so zahlreiche Beweise vor, daß die Pandekten schon kurz nach Justinian eine Menge von Corruptelen erlitten haben, die zum Theil selbst aus der einzigen Fürsorge für fehlerfreie Handschriften, die er traf, seinem Verbot der notae bei Abschrift erklärt werden können (denn solche nicht vorauszusetzen, war den Abschreibern ungewohnt, und gewiß wurde das Verbot nicht länger und nicht strenger beachtet, als das der Commentarien, woraus denn eine große Unsicherheit beim Abschreiben hervorging), so würde ich Bedenken tragen, es einen Aberglauben an die Zuverlässigkeit der Handschriften zu nennen, wenn man auch in unserer Stelle eine unnatürliche Erklärung nach der andern versucht hat, um nur den überlieferten Text zu retten. Wie kann Paulus von der übereinstimmenden Berechnung des Monats zu

30 Tagen abweichen? Oder wie ist es möglich, ihm (mit Savigny System Bd. 4 S. 392 f.) hier eine andere Berechnungsart der Fristen hinsichtlich des Anfangstages zuzuschreiben, als welche überall sonst im Civilrecht vorkommt, und welche von Paulus selbst (L. 134. D. de verb. signif. 50, 16) als die einzige objectiv geltende behauptet wird, nämlich diejenige, wonach man den Tag, in welchen der Anfang des Zustandes fällt, als ersten zählt [1]). Wie kann man es (mit Puchta Pandekten

[1]) Daß man dieses nicht anerkannt hat, ist einer der Hauptgründe der Verwirrung, welche auf dem Gebiete dieser Materie herrscht. Wir wollen uns nun gegen die Ansicht, daß der civilrechtliche Sprachgebrauch — richtiger sagte man, das Recht selbst — in diesem Punkte schwankend gewesen sey, nicht auf die Römische Datumsbezeichnung, das tertio quoque die, tertiis diebus, in diem tertium etc. nicht auf die Stelle der Römischen Juristen, die sämmtlich nur unter Voraussetzung der Einrechnung des Anfangstages als ersten Tages sich erklären lassen, nicht auf die Natur der Sache selbst berufen. Nur das Eine möchten wir erklärt wissen, wie es möglich sey, daß die Römischen Juristen überall nur von der Berechnung des Endes der Rechtszeiten, nirgends von der Frage, ob auch der Anfangstag einzurechnen sey, sprechen, wenn dieses nicht völlig zweifellos gewesen wäre. Nicht einen Beweis gegen, sondern für diese Berechnungsart enthält auch die L. 1. D. si quis caut. (2, 11), indem sie nicht sagt, daß der Cautionstag selbst nicht in die Cautionsfrist eingerechnet, sondern daß die 20 Meilen auf den Reisetag, mit Ausnahme des Cautionstages, gerechnet wurden (sehr natürlich, da die Reise einer billigen Vorbereitungsfrist bedarf), dieses aber nicht bemerkt worden seyn würde, wenn darin nicht eine scheinbare Ausnahme von der Regel läge. Im Uebrigen läugnen wir nicht, daß auch die den Anfangstag oder überhaupt die Anfangsgröße ausschließende Zählweise im Römischen Sprachgebrauch vorgekommen sey (Vgl. Dodwell Diss. de cyclis 10. sect. 26. Drakenborch ad Liv. 4, 20. v. Savigny System Bd. 4 Beil. XI). Sie ist aber nicht die juristisch kunstmäßige Rechnungsweise und hat im einzelnen Falle ihre besondere Gründe, indem man z. B. bei Abschnittszahlen (5, 10, 20, 30 u. s. w.) nicht gern sagte sextus, undecimus quisque etc. (um wie viel weniger also sexagesimus primus!) oder es in der Natur des Falles lag, die Anfangsgröße als vollendet zu betrachten, so daß die folgende erst die erste seyn konnte — was

§. 75 Note e) gestützt auf unsere Stelle, natürlich finden, daß da, wo einen gewissen Zeitraum hindurch ein Recht soll ausgeübt werden dürfen, der Tag, in welchen der Anfangsmoment fällt, nicht mitgezählt werde, während, wenn man durch die Dauer eines Zustandes in einem gewissen Zeitraum ein Recht erwirbt, die Zählung schon mit diesem Tage beginnen soll? Offenbar erfordert die Consequenz der civilen Zählung ad dies ein gleiches Verfahren in beiden Anwendungen und wie es wahr ist, daß der Zustand im letzteren Falle auch schon am Tage des Anfangsmoments einen Tag gedauert hat, eben weil es nicht auf die Zeittheile dieses Tages ankommt, so muß auch zugegeben werden, daß wer z. B. seine Ernennung zum Duumvir am 1. Jan. erfahren hat und noch an demselben Tage seine Excusation anbringt, dieses am ersten Tage der ihm dazu bewilligten Zeit von zwei Monaten gethan habe. Wollte man dieses abläugnen, so käme die Absurdität eines Verbots heraus, an diesem Tage selbst sich des bewilligten Rechtes zu bedienen, indem dieser Tag ja außerhalb der Frist fiele, innerhalb deren das Recht ausgeübt werden soll, oder man würde die Theorie dem Vorwurf eines principlosen Schenkens eines Zeittheils preisgeben müssen.

Allerdings darf man nun die Corruptel unserer Stelle nicht damit getroffen und beseitigt zu haben glauben, daß man die Worte et primo streicht. Sie liegt freilich in diesen Worten, wie schon ganz äusserlich die Ungewöhnlichkeit des sexagesimo et primo statt sexagesimo primo zeigt. Ihre Auslassung in dem Stuttgarter und vielleicht in einigen älteren byzantinischen Handschriften ist aber nicht ein Beweis für ihre Einschiebung, die ganz unerklärlich seyn würde, sondern für den Anstoß, den man schon frühzeitig an dem offenbar verwerflichen Sinne nahm, den sie geben. Meine eigene frühere Conjectur sexagesimo a primo wäre

---

aber wieder bei Tagen, in welche eine juristische Handlung oder eine sonstige Thatsache fällt, sich stets umgekehrt verhält u. s. w.

wohl leicht, aber sie befriedigt den Gedanken noch nicht. Ich glaube jetzt den Ursprung des Fehlers durch die Annahme entdeckt zu haben, daß primo aus premo entstanden sey, indem man nicht beobachtete, daß p als Sigle für post geschrieben war. Lesen wir demnach et qui sexagesimo et postremo die venerit, so erhalten wir einen vollkommen befriedigenden Sinn, von dem es auch nicht zu verwundern ist, daß er selbst, wenn p als Sigle kenntlich gemacht gewesen wäre, von den Abschreibern verfehlt wurde. „Schreibt ein Gesetz zwei Monate vor, so muß auch der, welcher am sechzigsten und schon zu Ende gehenden Tage gekommen ist, noch gehört werden." Postremo die heißt also nicht am letzten unter den sechzig Tagen, wie in L. 6. D. de usurp. (41, 3) totum postremum diem computamus und ähnliche Ausdrücke in andern Stellen L. 1. D. de manumiss. (40, 1) L. 15 pr. D. de div. tempor. praescr. (44, 3) C. 6. D. de O. et A. (44, 7) C. 132 pr. D. de V. S. (50, 16); vor einer solchen Deutung durfte ein Schriftsteller, wie Paulus, sich schon durch die dann entstehende Tautologie geschützt glauben. Das Beiwort postremus geht vielmehr auf die letzten Theile des sechzigsten Tages, ähnlich wie es umgekehrt von den ersten Theilen des letzten Tages des Zeitraums in der mit unserer Stelle dem ganzen Gedanken nach sehr verwandten und ebenfalls aus Paulus genommenen L. 134 cit. heißt: Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die (wo die auch nicht wiederholt seyn würde, wenn es, wie in unserer Stelle, überhaupt erst hinter die Beiwörter gesetzt worden wäre). Daß man aber postremus und extremus auch in diesem Sinne gebrauchte, dafür nur einige Stellen: Plaut. Cistell. fin. Date plausum postrema in comoedia. Sallust. Jug. 97. Postremam Romanorum aciem invadunt. Justin. Hist. 43, 5. In postremo libro, d. h. am Schlusse des Buchs. Pallad. 7, 2. §. 2. Nunc etiam mense postremo locis maritimis et calidioribus ac siccis tritici messis abscinditur. Cic. de offic. 3, 2.

in extremo libro tertio. Liv. 2, 64. Extremo anno. Extremus dies für den Abend hat z. B. Sil. 7, 172. 14,8.

Paulus lehrt also zweierlei: 1) daß wenn ein Gesetz innerhalb eines Zeitraums eine Handlung gestatte, auch der letzte Tag desselben dazu noch benützt werden dürfe. Dieses ausdrücklich zu bemerken, gab ihm ohne Zweifel der gewöhnliche Ausdruck der Gesetze intra tot menses, oder in tot diebus Veranlassung, hinsichtlich dessen manche zweifelten, ob er nicht mit Ausschluß des letzten Tages zu verstehen sey. Vergl. Gell. 12. 13*), L. 133 D. de V. S. (50, 16). L. 1. §. 9. D. de success. ed. (38, 9). L. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5). 2) Daß in diesem Falle auch noch die letzten Theile des letzten Tages zu der Handlung benützt werden könnten — eine eben so nothwendige Folgerung aus dem ad dies numerare oder der Untheilbarkeit des Tages für diese Anwendung der Civilcomputation, wie die Regel dies ultimus coeptus habetur pro completo für die andere, d. h. wo der Zeitraum für den Erwerb eines Rechts festgesetzt worden ist.

Demnach enthalten zwei Stellen des Paulus die vollständigen Regeln für die Civilcomputation nach ihren beiden Anwendungen: die L. 132 pr. D. de V. S. (50, 16) für den Erwerb und die richtig gelesene L. 101. eod. (vgl. L. 6. D. de obl. et act. 44, 7) für die Fortdauer eines Rechts.

Eine noch nicht untersuchte Frage ist nun aber die, wie es zu halten sey, wenn bei demselben Rechtsverhältnisse eine Frist zu-

*) Damit der Leser nicht auch in diesem interessanten Capitel an einer Corruptel anstoße, werde gelegentlich bemerkt, daß in der Stelle dixique ei, me uidelicet datum Kalendasque mihi prodictas vor uidelicet iud (iudicem) wegen Gleichheit der Buchstaben ausgefallen ist. Jedoch noch am Rande bemerkt, wurde es nachher in einigen Handschriften hinter datum eingeschoben, in den meisten aber weggelassen. Prodictas ist wahrscheinlich auch nur durch falsche Auflösung der Sigle p aus praedictas entstanden.

gleich für die Dauer der Ausübung des Rechts des einen und für den Erwerb desselben Rechts durch einen andern festgesetzt ist. Beispiel: Das Jahr (oder das Biennium) des usus ist eben so wohl für den Erwerb des Usucapienten als für die Erhaltung des Rechts des bisherigen Eigenthümers durch usurpatio eingeführt L. 1. 3. D. de usurp. (41, 3)*). Consequent müssen wir nun sagen: in einem solchen Fall gilt für den Erwerber die Regel:

---

*) Kein Beispiel dieser Art enthält die übrigens auch wohl allgemein mißverstandene Stelle des Celsus L. 49. D. de condit. et dem. (35, 1) Si in annos decem heres damnatus aut quis liber esse iussus est, novissimo eius temporis die legatum debebitur et libertas contingit: Auf den ersten Blick möchte man meinen, daß hier zwei verschiedenartige Beispiele zusammengestellt seyen, in dem ersten der Ablauf, in dem zweiten der Anfang des letzten Tages den bemerkten Rechtserfolg herbeiführe. Dieses ist nicht der Fall (noch weniger freilich gehört die Stelle nach beiden Beispielen zu der Anwendung der Civilcomputation auf die Fortdauer eines Zustandes, wie von Vangerow Leitfaden Bd. 1. S. 263 meint). Vielmehr ist in beiden Beispielen vom Erwerb eines Rechts, eines legatum per damnationem oder der libertas, die Rede, und dieser erfolgt also mit dem Anbruch des letzten Tages der zehn Jahre, d. h. alsdann, wenn der Legatar oder Sclav den Anbruch dieses Tages erlebt hat. Man vergesse nur nicht, daß bei Legaten auch der dies eine Bedingung enthält, weil es ungewiß ist, ob der Legatar ihn erleben wird (L. 79 §. 1. D. de cond. et dem. 35, 1), welche Bedingung dann auch nicht au den Anfang zurückbezogen wird (L. 42 pr. D. de obl. et act. 44, 7). Eine Frage aber, von der Celsus ganz und gar nicht spricht (denn er spricht blos von dem deberi legatum und auch das in diem debitum ex legato — nicht in diem legatum — ist ein debitum, welches gültig gezahlt und durch Klage in iudicium deducirt werden kann, wiewohl man plus tempore petendo causa cadit), ist die, wenn das gedachte Legat mit Erfolg eingeklagt werden kann. Dieses ist freilich erst nach Ablauf des dies novissimus möglich, weil das Recht des Erben das Geld während des Zeitraums des dies novissimus (das Uebrige der zehn Jahre ist hier gleichgültig) noch zu behalten, nach der gewöhnlichen Regel fortdauert. So cedirt auch dies legatorum annorum jedesmal mit Anbruch des ersten Tages jedes Jahres, venit mit dem Ende des letzten.

dies ultimus coeptus habetur pro completo, eben so aber auch für den Usurpanten der Grundsatz, daß er auch am letzten Tage des Jahrs und bis zum Ende dieses Tages hin usurpiren und damit sich sein Eigenthum erhalten könne. Beides haben auch die Römischen Juristen angenommen. Das erste Venulejus in L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3), das zweite Mucius Scävola bei Gell. 3. 2, dessen Stelle man sonderbarer Weise stets auf die Usucapion bezieht, da sie doch lediglich von der usurpatio spricht. Q. Mucius sagte aber: Eine Frau, die sich am ersten Januar verheirathet habe, sey nicht nach dem Gesetz usurpiren gegangen, d. h. nicht innerhalb des dazu vorgeschriebenen Jahres drei Nächte nacheinander aus dem Hause des Mannes weggeblieben, welche erst am 29. Dezember (a. d. IV. Kal. Jan.) das Haus des Mannes verlassen habe; denn das trinoctium könne in diesem Jahre nicht mehr erfüllt werden, da die letzten sechs Stunden der dritten Nacht (vom 31. Dec. auf den 1. Jan.) schon zum folgenden Jahre gehörten. Nach ihm schließt also das Jahr des Usus, in welches doch das trinoctium der usurpatio fallen muß, mit der sechsten Stunde der Nacht zwischen dem 31. Dec. und dem 1. Jan., und in so weit dient diese Stelle zum stringentesten Beweise, daß man bei allen Rechtsfristen den Anfangstag des Zustandes schon als ersten Tag der Frist rechnete *). Außerdem geht aber aus der Stelle unbestreitbar auch die Meinung des Q. Mucius hervor, daß wenn die Frau am 28. Dec. aus dem Hause des Mannes gehe, die usurpatio nach dem Gesetz vorgenommen werde. Diese Ansicht setzt nun aber voraus, daß auch noch die letzten sechs Stunden der Nacht

*) Man kann mit Savigny a. a. O. S. 367 in der Stelle des Scävola nur dann das Gegentheil finden, wenn man das Schlußmoment eines Tages mit dem Anfangsmoment des folgenden für identisch hält, eine dem Verf. selbst nicht klar gewordene Verwechselung, die durch seine ganze Darstellung dieser Materie hindurchgeht.

vom 30. auf den 31. Dec., mithin ein Theil des Tages, mit dessen erstem Anbruch die Usucapion vollendet ist, zur Usurpation benutzt werden können, was, auf seinen allgemeineren Ausdruck zurückgeführt, so viel heißt, als daß die Usurpation noch an dem letzten Tage — und zwar, da hier von Erhaltung eines Rechts während eines Zeitraums die Rede ist, am letzten ganzen Tage — zulässig ist.

Es fragt sich nun noch, wie beides, Vollendung der Usucapion mit dem Anfange und Zulässigkeit der Usurpation bis zum Ende des letzten Tages mit einander zu vereinigen sey. Offenbar so, daß in allen übrigen Beziehungen (z. B. hinsichtlich der ausgeschlossenen Publiciana actio und anzustellenden rei vindicatio, wenn die Sache am letzten Tage in fremde Hände gekommen ist L. 12. §. 5. D. de Public. in rem act. 6, 2) die Usucapion wirklich mit dem Anfange des letzten Tages vollendet ist, daß aber, wenn der bisherige Eigenthümer im Laufe dieses Tages noch usurpirt, das erworbene Eigenthum wieder an ihn zurückfällt, in ähnlicher Weise, wie der b. f. posessor zwar Eigenthum an den separirten Früchten erwirbt, aber sobald als der Eigenthümer gegen ihn mit der Vindication auftritt, auch dieses Eigenthum an ihn rückwärts wieder heimfällt. Nimmt man also bei der Usucapion zugleich auf die Usurpation Rücksicht, so muß man sagen, daß die Usucapion erst mit Ablauf des ganzen letzten Tages vollendet werde. Diese Ansicht spricht denn auch Ulpian in den beiden folgenden Stellen aus, die, wohl zu bemerken, in dem Titel de usurpationibus et usucapionibus stehen.

L. 6. Ulp. lib. II. ad Edictum. —

In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.

L. 7. Ulp. lib. 27. ad Sabinum. —

Ideoque qui hora sexta diei Kal. Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kal. Januarias implet usucapionem.

Betrachten wir die erste Stelle zuerst für sich, so wäre ein

Sinn derselben möglich, zu dem die in der folgenden Stelle gezogene Folgerung gar nicht paßte, weil dieser Zusammenhang beider Stellen ja erst von Justinian herrührt. Dieser Sinn kann aber ein zwiefacher seyn; man kann — und dieses ist die gewöhnliche Auslegung — den Ausdruck totum postremum diem so verstehen, daß er nur den letzten Tag als ein untheilbares Ganze ohne Unterscheidung der Zeittheile in ihm, welche die Rechnung a momento ad momentum voraussetzt, bezeichnen soll; oder mit Erb (Hugo's civ. Mag. Bd. 5. S. 199) so, daß der ganze letzte Tag einzurechnen sey. Nach der letztern Auslegung will Ulpian sagen: wir rechnen das Jahr zwar nicht so, daß, wenn der Usucapient z. B. am ersten Januar Mittags zu besitzen angefangen hat, nun auch wieder derselbe Moment zur Erfüllung von 365 Tagen, d. h. also wieder Mittag des folgenden ersten Januar abgewartet werden müßte (vgl. l. 3. §. 3. D. de minor. 4; 4), wohl aber rechnen wir den ganzen letzten Tag (oder auch: nicht a momento ad momentum, sondern nur den ganzen letzten Tag). Diese letzte Erklärung scheint mir nun den Worten allein angemessen (gegen Reinfelder annus civilis S. 80 flg.). Denn in totus liegt doch das Moment der Untheilbarkeit an sich nicht und es kann hier um so weniger hineingelegt werden, als erstens der Gegensatz des a momento ad momentum nicht auf einen Zeittheil des letzten Tages, dem dieser als ganzer und untheilbarer entgegengesetzt werden könnte, sondern auf ein Moment des folgenden Tages führt, und zweitens der eigentliche Sinn dieser Erklärung auf die Anwendung der Regel dies ultimus coeptus habetur pro completo hinauslaufen, mithin totus so viel als quam minime totus heißen würde. Dagegen wird der Ausdruck totus, wo er sonst in dieser Materie vorkommt, stets in dem Sinne des ganzen vollendeten Tages gebraucht. L. 15 pr. (Venulejus) D. de div. temp. praescr. (44, 3). — l. 6. (Paulus) D. de obl. et act. (44, 7). — l. 1. §. 3. (Ulpian) D. de postul. (3, 1). Hiernach sagt also Ulpian, daß zur Vollendung der Usucapion der Ablauf des ganzen letzten Tages erforderlich sey.

Unzweifelhaft hat aber die Stelle diesen Sinn im Zusammenhange mit der folgenden, also jedenfalls nach dem Sinne Justinian's, woraus aber auch für unsere Deutung derselben in ihrem ursprünglichen Zusammenhange ein neues Argument folgt, da wir keinen Grund haben, anzunehmen, daß Justinian von Ulpian's Ansicht in einer solchen so wenig rechtsgeschichtlichen Materie abgewichen sey und seinen Worten einen ihnen ursprünglich ganz fremden Sinn untergelegt habe. Die Ausdrücke in dem Beispiel der l. 6. erinnern an zwei ähnliche Beispiele Ulpian's in l. 1. D. de manumiss. (40, 1) und l. 5. D. qui testam. facere poss. (28, 1), wo aber nicht sexta hora noctis pridie Kal. Januarias, sondern post horam sextam noctis prid. Kal. Januarias vorkommt. Fast unbegreiflich ist es, wie man diese Zeitbestimmungen mit einander hat vermengen können. Wenn ein Schriftsteller nur einigermaßen im Stande ist, sich auszudrücken, so ist doch wohl nichts gewisser, als daß, wenn er einen gewissen Moment eines Kalendertages angeben will und zu diesem Behuf das gemeinte Datum nennt, die Angabe des von ihm weiter gemeinten Zeitmoments innerhalb des Umfangs dieses Kalendertages fallen muß. Was würde man zu einem Schüler sagen, der den am 1sten Januar Morgens 2 Uhr erfolgten Tod eines Mannes so erzählte: Derselbe starb den 31sten December zwei Stunden nach Mitternacht? Oder zu seiner Rechtfertigung: er habe die Nacht des 31sten Decembers gemeint? Als wenn man da, wo vom civilen Tage die Rede ist, von einer Nacht oder Mitternacht dieses oder jenes Tages sprechen könnte, und nicht Jedermann wüßte, daß eben weil der civile und darum auch der Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht geht, eine zusammenhängende Nacht dieses oder jenes Kalendertages eine Unmöglichkeit und die Zuweisung einer solchen Nacht an den einen oder andern Tag eine Absurdität ist. Es ist also keinem Zweifel unterworfen, daß die hora sexta noctis pridie Kal. Jal. die sechste Stunde der Nacht vom Lichttage des 31sten Decembers auf den des 1ten Januars ist; denn die 6te Stunde der Nacht

vom 30ten auf den 31ten December fällt ja eben nicht in den 31ten December. Auch kann uns darin der Römische Sprachgebrauch nicht irren, hora sexta noctis für die Mitternacht, hora sexta diei für den Mittag selbst zu nehmen (Gell. 3, 2. — Reinfelder annus civilis S. 91 flg.); denn dieser beruht doch blos auf der Hinzudenkung von completa — die sechste Stunde der Nacht selbst hört bis zu diesem Schlußpunkt nicht auf, lediglich ein Theil des Tages zu seyn, den sie beschließt, zumal da hier nicht (wie in einigen Beispielen bei Gell. l. c.) von einer in diesem Schlußpunkt eintretenden Handlung, die nothwenig eine Ueberschreitung desselben erforderte, sondern auch nur von einem sich abschließenden Zustande die Rede ist. Eben so wenig aber kann es bezweifelt werden, daß die Zeitbestimmung post sextam horam noctis prid. Kal. Jan. die Zeit nach Mitternacht zwischen dem 30sten und 31sten December ist; denn die nach Mitternacht zwischen dem 31sten December und dem 1sten Januar ist kein Zeittheil des 31sten Decembers. Demnach sagt Ulpian in l. 1. D. de manumiss.: Wer am 1sten Januar geboren sey, könne nach der sechsten Stunde der Nacht (d. i. in den ersten Anfängen) des 31sten Decembers als bereits 20 Jahr alt, manumittiren, und in l. 5. D. qui testam. fac.: Der am 1sten Januar Geborene könne nicht blos an seinem Geburtstage nach 14 Jahren ein gültiges Zeugniß machen, sondern er gehe noch weiter und behaupte (plus arbitror), daß das Testament als von einem bereits 14jährigen gemacht, auch dann gelte, wenn er am 31sten December nach der sechsten Stunde der Nacht, d. h. in den ersten Anfängen dieses Tages testirt habe. Damit bestätigen dann aber auch beide Stellen den Satz, daß der Anfangstag des Zustandes als der erste Tag der ganzen Frist gerechnet wird. In der l. 7. D. de usurp. aber sagt Ulpian: wer mit dem 1sten Januar Mittags zu besitzen angefangen hat, vollendet die Usucapion mit der sechsten Nachtstunde, d. h. mit dem Ende des 31sten Decembers — nicht etwa erst mit dem Anfange des fol-

genden 1sten Januars — weil nämlich bis zum Schluß dieser Stunde immer noch eine Usurpation zulässig seyn würde.

So enthält also die l. 15. pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3) das Princip für die civile Berechnung der Usucapion an sich betrachtet, die l. 6. 7. D. de usurp. (41, 3) dasselbe Princip für die Usucapion unter Mitberücksichtigung der Usurpation. Beide widersprechen einander eben so wenig, wie die Stellen, welche von den Früchten theils sagen, statim pleno jure sunt b. f. possessoris, theils b. f. emptor eos interim oder consumptos suos facit, und die Stellung der Fragmente unter diese verschiedenen Titel rechtfertigt die verschiedene Beziehung der in ihnen enthaltenen Aussprüche. Auch glauben wir nicht, daß die erste Stelle (aus Venulejus lib. 5. Interdictorum) interpolirt sey. Der Verfasser sprach von irgend einer Interdictsfrist, am wahrscheinlichsten von der Besitzfrist, die das interdictum Utrubi voraussetzt. Vgl. §. 1. flg. mit Gaj. 4, 161. Dabei wird er bemerkt haben, daß wenn der eine die Sache im letzten Jahre 100 Tage lang besessen habe, wiewohl so, daß er erst am späten Abend erwarb und der hundertste Tag eben erst angebrochen war, er doch über den den Sieg davon trage, der nur 99 fast volle Tage besessen habe, wenngleich diese natürlicher Weise eine längere Zeit darstellten, und zur Bestätigung berief er sich auf die Usucapion (Nam et in usucapione ita servatur). Eben diese Materie wird aber, um dieses gelegentlich zu bemerken, auch das Vorbild für die Entscheidung gegeben haben, daß bei der Frage von der Zuständigkeit der in integrum restitutio minorum XXV annorum die natürliche Computation anzuwenden sey: der auf dieses Vorbild Bezug nehmende tractatus mag vor den Worten et cum nondum compleverit der l. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4) gestrichen worden seyn. Gesetzt, beide streitende Theile hätten den Sclaven hundert Tage lang im letzten Jahre besessen. Da doch einer als majore parte anni possessor siegen mußte, so blieb nichts übrig, als von der Civil- zur Naturalcomputation überzugehen und zu untersuchen, wer a momento ad

momentum gerechnet länger besessen habe. Bei der in integrum restitutio minorum rechtfertigte nun zwar nicht eine solche Nothwendigkeit, aber doch die durch jenes Beispiel nachgewiesene Zulässigkeit dieser Berechnung in Verbindung mit der besondern Gunst des minor XXV annis captus dieselbe Erklärung des Comparativs. Das decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum der Nov. 23. c. 1 gehört sicher nicht zu den Fällen der Naturalcomputation, da diese Worte offenbar im Sinne des älteren biduum oder triduum (l. 1. §. 5. 6. 12. D. quando appell. 49, 4) zu interpretiren sind. Die andern beiden Beispiele zusammengenommen geben aber einen hinlänglich deutlichen Begriff davon, wie nur in ganz besonderen Ausnahmefällen und aus welchen Gründen die Regel der Civilcomputation verlassen und zur natürlichen geschritten werden darf, wie es aber auch ganz verkehrt ist, mit Manchen (z. B. Mühlenbruch Lehrbuch der Pandekten §. 87) die Ausnahmefälle zur Regel zu machen. — Bei der Usucapion gilt nun aber die verschiedene Berechnung des Ablaufs der Zeit auch nur für die eigentliche Usurpation des alten und die an deren Stelle getretene gerichtliche oder aussergerichtliche Interpellation des Justinian'schen Rechts, nicht auch für den bloßen Besitzverlust, der, am letzten Tage geschehen, vielmehr die Usurpation der vollendeten Usucapion unmöglich machen würde, und dasselbe wäre wenigstens nach älterem Rechte, wo keine accessio possessionis galt, auch wohl zu behaupten, wenn der Usucapient die bereits erworbene Sache am letzten Tage veräußerte, so daß nicht auch noch gegen den Käufer usurpirt werden kann, gleichwie auch die pro herede usucapio nicht gegen den dritten Käufer rescindirt wird.

Blicken wir jetzt noch einmal zurück, um uns die Frage zu beantworten, was bisher der richtigen Erkenntniß der so unendlich oft behandelten Lehre von der civilen und natürlichen Berechnung der Zeit im Wege gestanden hat, so finden wir besonders vier Hindernisse:

1) daß man keine genügende Kenntniß der usurpatio in ihrem

Verhältniß zur usucapio besaß, was eine richtige Erklärung des Ausspruchs des Q. Mucius und der einschlagenden Pandektenstellen unmöglich machte;

2) die verderbte Lesart unserer l. 101. D. de reg. jur. (50, 17);

3) daß man — eigentlich nur, um sich eine willkührliche Interpretation der Stellen, mit denen man sonst nicht fertig werden konnte, möglich zu machen (vgl. Savigny a. a. O. S. 362) — auch den civilrechtlichen Sprachgebrauch darin für schwankend ausgab, daß man den Anfangstag bald mitgezählt, bald ausgeschlossen habe; und endlich

4) daß man die Wirkung der Civilcomputation für Fristen des Erwerbs und der Fortdauer von Rechten und in Verbindung damit das Endmoment eines Tages und das Anfangsmoment des folgenden nicht unterschied.

Noch pflegt es als eine Eigenthümlichkeit der Civilcomputation im Gegensatz der natürlichen angegeben zu werden, daß man bei jener den Schalttag nicht mitrechne. Nach einer selbstgemachten Abstraction von der Natur der naturalis computatio mag dieses richtig seyn, nicht aber in Anwendung auf die rechtliche Bedeutung beider Berechnungsarten im römischen Recht. Die römische Ansicht vom Schalttage ist vielmehr, daß er bei Angabe von Monaten und Jahren (denn nur in diese Zeitmaße wird er eingerechnet) als eine nicht mitzurechnende Vermehrung derselben angesehen wird (ut auctum tempus intercalari die existimetur), gleichviel, ob civiliter oder naturaliter gerechnet werden mag, welcher Gegensatz sich also blos auf die Auffassung des Tages als eines untheilbaren oder theilbaren, nicht auf die Zahl der einzurechnenden Tage bezieht. L. 2. D. de div. temp. praescr. (44, 3). — l. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4). — l. 98. pr. D. de V. S. (50, 16). Ob dagegen die Frist, auf die es ankommt, eine längere oder kürzere ist, hat keinen Einfluß. So würde in die Zeit von 100 Tagen zur Erbittung der b. p. der Schalttag mit

eingerechnet werden müssen, weil sie nicht auf der Idee von Monaten beruht, nicht aber in die 18 Monate der Lex Julia iudiciorum privatorum, die 2 Monate der Lex Julia municipalis, von der Paulus in unserer Stelle wahrscheinlich handelt, die 30 (60, 120) Tage der judicati oder eine solche Zeitbestimmung in einem Vertrage. Vgl. l. 2. cit.

---

10. Zur Lehre von der Concurrenz der Klagen.

L. 41. §. 1. D. de oblig. et act. (44, 7).

Paulus lib. 22 ad Edictum. —

Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus, id consequatur.

Es ist klar, daß in dem letzten Satz das Gegentheil von dem, was dieser Text sagt, ausgesprochen werden sollte. Cujacius Obs. 3, 25 wollte daher statt id consequatur, nihil consequatur lesen. Savigny System des r. R. Bd. 5. S. 224 giebt zu, daß dieses die dem Sinne entsprechendste Veränderung sey, zieht aber wegen der Leichtigkeit der Emendation das schon von Pagenstecher Admonit. ad Pand. P. 6. §. 289 vorgeschlagene id non sequatur oder id non consequatur vor. Aber gerade aus diplomatischen Gründen rechtfertigt sich die Verbesserung des Cujacius; denn ID ist offenbar aus der oft nur schwer davon zu unterscheidenden Sigle für nihil, dem senkrecht durchstrichenen N, entstanden.

Noch nicht beachtet hat man die Ausdrücke postea judicis potius partes esse. Sie deuten auf den Gegensatz, daß in andern Fällen es Pflicht des Prätors sey, zu Anfang des Prozesses dafür zu sorgen, daß dasselbe Resultat erreicht werde, wovon denn Paulus in dem, was Tribonian zwischen dem pr. und

§. 1 der Stelle gestrichen hat, gesprochen haben muß. Vgl. l. 43 (Paulus) D. locati (19, 2). — sed alterutra (actione) contentus actor esse debet; idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agetur. — L. 34. pr. (Paulus) D. de obl. et act. (44, 7). — alii, per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia: sed et haec sententia per Praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. — — §. 1. — sed altera actio alteram peremit (L. perimet) aut ipso jure aut per exceptionem. Aus welchen Stellen hervorgeht, daß gerade Paulus es liebte, diesen Unterschied hervorzuheben. Jedenfalls mußte nun die Amtspflicht des Prätors eher eintreten, wenn nicht actiones competentes, sondern dandae (Gaj. 4, 112) zur Frage standen, da hier kein Richter mit dem Rechte des arbitrium ernannt wurde, wenn sie nicht ausnahmsweise arbitrariae oder in bonum et aequum conceptae waren: so daß also der Ausdruck competant von Wichtigkeit ist. Wenn z. B. pro socio geklagt war und noch ex stipulatu auf eine Strafe geklagt wurde, so nöthigte der Prätor den Kläger durch Drohung mit der doli exceptio zur Annahme einer Formel, die nur noch auf den Ueberschuß über das Interesse ging. Doch war die Intervention des Prätors auch bei in jus conceptae actiones erforderlich, wenn die zu zweit angestellte stricti juris und noch nicht officio judicis der frühern Klage erlassen war. L. 28. D. de act. empti (19, 1). Daher möchte denn Tribonian hinter actiones auch noch einen Satz des Inhalts et altera bonae fidei sit actio vel arbitraria (vgl. l. 9. §. 1. D. de furtis 47, 2. — l. 13. 14. D. de rei vind. 6, 1. — l. 36. §. 2. D. de hered. pet. 5, 3. — l. 15. §. 7. 11. D. quod vi aut clam 43, 24. — l. 11. D. arb. furt. caes. 47, 7) gestrichen haben.

Savigny (a. a. O. S. 223) erhebt gegen Paulus die schwere Anklage, das Wesen der elektiven Klagenconcurrenz ganz

verkannt zu haben, indem er sie an den völlig irrelevanten Umstand knüpfe, daß sie aus derselben Thatsache herrühren. Ganz anders Ulpian, der l. 53. §. 1. D. de reg. jur. (50, 17) das Richtige erkannt habe, indem er sage: Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet; denn nur die Identität des Gegenstandes entscheide. Allein dieser Vorwurf ist völlig ungegründet, wie schon folgende Stelle Ulpian's zeigen kann: l. 1. §. 22. D. de tutelae et rat. distr. (27, 3): Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, et furti teneri, Papinianus ait: qui, et si furti teneatur, hac actione conventus, furti actione non liberatur, nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes; nam et tutulae et furti obligatur. Factum heißt also nicht die Thatsache, aus der das Rechtsverhältniß entspringt, welches der Klage zum Grunde liegt — es ist ja von dem factum, aus dem die Klage herrührt, die Rede — sondern das thatsächliche individuelle Rechtsverhältniß, welches der Klage zu Grunde liegt — beispielsweise nach Ulpian dieselbe (materielle) Obligation (d. h. Forderung, nicht obligirende Begebenheit), mag sie auch formell sich als zwei verschieden begründete Rechte darstellen. In diesem Sinne wird auch factum ganz gewöhnlich gebraucht, z. B. in den Redensarten ex facto quaesitum est, ex facto consultus u. s. w. (Brisson. v. Factum §. 16), meistens auch in den in factum agere, excipere, replicare, praescribere, insofern damit nämlich nicht der bloße Gegensatz gegen den in jus concipere, sondern (wie z. B. im Gegensatz der actio doli mali) der Gebrauch einer auf das individuelle Rechtsverhältniß gerichteten und danach eingerichteten Klage, Einrede u. s. w. gemeint ist. Auch bezeichnet Ulpian's ejusdem rei nomine nichts Anderes, als dieses ejusdem facti, ex eodem facto — nicht denselben Gegenstand, sondern das materiell identische Rechtsverhältniß. Eben so Modestin l. 53. pr. D. de obl. et act. (44, 7): Plura delicta in una re plures admittunt actiones:

sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est: in welcher Stelle es wohl die höchste Willkühr ist (mit v. Savigny S. 239), dem in una re stillschweigend ex una re zu substituiren, um es auf die obligirende Begebenheit beziehen zu können, was denn zu der weitern Willkühr nöthigt, delicta, welche doch sicher nichts Anderes, als Begebenheiten sind, für die daraus entstehenden Obligationen und nachher ex una obligatione für ex uno contractu zu nehmen, obgleich die Contracte, aus denen concurrente Klagen entstehen, stets verschiedene sind. Modestin sagt vielmehr: mehrere Delicte (z. B. Injurie und damnum) in einem und demselben Rechtsverhältniß, d. h. wenn das Rechtsverhältniß dasselbe ist, erzeugen mehrere Klagen, und dieses materiell identische Rechtsverhältniß nennt er nachher, wie Ulpian, una obligatio. Daß man aber im Allgemeinen lieber factum oder res statt obligatio oder jus sagte, erklärt sich daraus, daß es nur auf die Identität des materiellen Rechtsverhältnisses ankommt, nicht auf die des (immer nur in einer bestimmten Form bestehenden) Rechts, welches dingliches Recht und Obligation, verschiedene Obligationen, Grund einer Klage und einer Einrede seyn kann.

In der That ist es nun auch dieses idem factum, die materielle Identität des Rechtsverhältnisses oder Anspruchs, woraus die Klagen entstehen, und zwar nach Grund, Art, Gegenstand und Zweck, welche das Princip für die Ausschließung einer concurrenten Klage durch die andere abgiebt, ganz ähnlich, wie bei der Frage, wann die exceptio rei judicatae eintrete, die eadem res näher bestimmt wird. Nicht aber ist es — nach der neuesten Darstellung — blos die Identität des Gegenstandes, wie man sich aus dem einfachsten Beispiele überzeugen kann; denn wenn Titius, von dem ich ein Grundstück gekauft habe, den Sempronius beerbt, der mir dasselbe Grundstück aus einem Legat schuldig war, so gehen actio empti und legati zwar (im Ganzen) auf dasselbe Object, aber keine schließt die andere aus, da sie

verkannt zu haben, indem er sie an den völlig irrelevanten Umstand knüpfe, daß sie aus derselben Thatsache herrühren. Ganz anders Ulpian, der l. 53. §. 1. D. de reg. jur. (50, 17) das Richtige erkannt habe, indem er sage: Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet; denn nur die Identität des Gegenstandes entscheide. Allein dieser Vorwurf ist völlig ungegründet, wie schon folgende Stelle Ulpian's zeigen kann: l. 1. §. 22. D. de tutelae et rat. distr. (27, 3): Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, et furti teneri, Papinianus ait: qui, et si furti teneatur, hac actione conventus, furti actione non liberatur, nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes; nam et tutulae et furti obligatur. Factum heißt also nicht die Thatsache, aus der das Rechtsverhältniß entspringt, welches der Klage zum Grunde liegt — es ist ja von dem factum, aus dem die Klage herrührt, die Rede — sondern das thatsächliche individuelle Rechtsverhältniß, welches der Klage zu Grunde liegt — beispielsweise nach Ulpian dieselbe (materielle) Obligation (d. h. Forderung, nicht obligirende Begebenheit), mag sie auch formell sich als zwei verschieden begründete Rechte darstellen. In diesem Sinne wird auch factum ganz gewöhnlich gebraucht, z. B. in den Redensarten ex facto quaesitum est, ex facto consultus u. s. w. (Brisson. v. Factum §. 16), meistens auch in den in factum agere, excipere, replicare, praescribere, insofern damit nämlich nicht der bloße Gegensatz gegen den in jus concipere, sondern (wie z. B. im Gegensatz der actio doli mali) der Gebrauch einer auf das individuelle Rechtsverhältniß gerichteten und danach eingerichteten Klage, Einrede u. s. w. gemeint ist. Auch bezeichnet Ulpian's ejusdem rei nomine nichts Anderes, als dieses ejusdem facti, ex eodem facto — nicht denselben Gegenstand, sondern das materiell identische Rechtsverhältniß. Eben so Modestin l. 53. pr. D. de obl. et act. (44, 7): Plura delicta in una re plures admittunt actiones:

sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est: in welcher Stelle es wohl die höchste Willkühr ist (mit v. Savigny S. 239), dem in una re stillschweigend ex una re zu substituiren, um es auf die obligirende Begebenheit beziehen zu können, was denn zu der weitern Willkühr nöthigt, delicta, welche doch sicher nichts Anderes, als Begebenheiten sind, für die daraus entstehenden Obligationen und nachher ex una obligatione für ex uno contractu zu nehmen, obgleich die Contracte, aus denen concurrente Klagen entstehen, stets verschiedene sind. Modestin sagt vielmehr: mehrere Delicte (z. B. Injurie und damnum) in einem und demselben Rechtsverhältniß, d. h. wenn das Rechtsverhältniß dasselbe ist, erzeugen mehrere Klagen, und dieses materiell identische Rechtsverhältniß nennt er nachher, wie Ulpian, una obligatio. Daß man aber im Allgemeinen lieber factum oder res statt obligatio oder jus sagte, erklärt sich daraus, daß es nur auf die Identität des materiellen Rechtsverhältnisses ankommt, nicht auf die des (immer nur in einer bestimmten Form bestehenden) Rechts, welches dingliches Recht und Obligation, verschiedene Obligationen, Grund einer Klage und einer Einrede seyn kann.

In der That ist es nun auch dieses idem factum, die materielle Identität des Rechtsverhältnisses oder Anspruchs, woraus die Klagen entstehen, und zwar nach Grund, Art, Gegenstand und Zweck, welche das Princip für die Ausschließung einer concurrenten Klage durch die andere abgiebt, ganz ähnlich, wie bei der Frage, wann die exceptio rei judicatae eintrete, die eadem res näher bestimmt wird. Nicht aber ist es — nach der neuesten Darstellung — blos die Identität des Gegenstandes, wie man sich aus dem einfachsten Beyspiele überzeugen kann; denn wenn Titius, von dem ich ein Grundstück gekauft habe, den Sempronius beerbt, der mir dasselbe Grundstück aus einem Legat schuldig war, so gehen actio empti und legati zwar (im Ganzen) auf dasselbe Object, aber keine schließt die andere aus, da sie

nicht aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren. Auch warnt Ulpian mehrmals gegen diesen Irrthum, blos den Gegenstand als entscheidend zu betrachten: l. 130. D. de reg. jur. (50, 17). Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit. L. 60. D. de obl. et act. (44, 7). Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit. Vgl. auch l. 9. C. quando civ. act. (9, 31). — Stellen, in denen schon die Präposition de ergiebt, daß res hier das Object, nicht, wie in den andern Stellen, das Rechtsverhältniß bezeichnet, und welche von Savigny S. 241 flg. auch wieder willkührlich erklärt werden, namentlich durch Beschränkung der ersteren auf Pönalklagen. Doch wollen wir mit allem diesem mehr einen Tadel von den alten Juristen abwehren, als selbst tadeln; denn wie Savigny S. 208 seinen Gegenstand oder Zweck der Klagen als einen juristischen sich denkt, tritt er in der Sache selbst der Auffassung der alten Juristen doch wieder sehr nahe, wiewohl seine ganze Darstellung dieser Materie gar sehr darunter gelitten hat, daß das Princip der alternativen Klagenconcurrenz von vorn herein nicht zur vollen Klarheit gebracht und einseitig vom Gegenstande der Klage her aufgefaßt ist. Ueber die Anwendung des richtigen Princips werden wir später noch sprechen.

Die richtige Auffassung unserer Stelle hat nun wieder wesentlichen Einfluß auf die einer anderen aus des Paulus lib. sing. de concurrentibus actionibus in l. 34. §. 2. D. de obl. et act. (44, 7), an deren Schluß es heißt:

> et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur. Sed verius est, remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.

Die Lesarten remanere und non remanere sind auf gleiche Weise handschriftlich beglaubigt, das non vor habet soll nur in einigen (unbekannten) HSS. fehlen. Fast einstimmig ist man —

in neuester Zeit auch Savigny a. a. O. S. 229 flg. — der Meinung, non vor remanere müsse wegbleiben. Die meisten veranlaßt hierzu das Bestreben, eine sonst eintretende Antinomie zwischen Paulus in unserer Stelle und Ulpian (mit Berufung auf Pomponius) in l. 7. §. 2. D. commodati (13, 6) und l. 2. §. 3. D. de priv. delict. (47, 1) zu beseitigen. Savigny aber führt dafür zwei andere Gründe an: erstens würde Paulus sonst mit seinem in l. 41. §. 1. cit. aufgestellten Princip in Widerspruch treten, zweitens würde er auch einer kurz vorher in derselben Stelle l. 34 pr. geäußerten Ansicht widersprechen, wonach der, welcher einen fremden Sclaven auf beleidigende Weise gegeißelt hat, injuriarum und lege Aquilia klagen kann, jedoch mit der anderen Klage nur auf das, was sie mehr enthält.

Betrachten wir nun aber die obige l. 34. §. 2 nach ihrem innern Zusammenhange, so kann Paulus nur non remanere, wie später non habet, geschrieben haben. Denn er argumentirt aus dem Begriff der blos accessorischen Natur, welche jenes Mehr der 30 Tage zurückgehenden Schätzung im Verhältniß zu dem einfachen Betrage habe (quia — nämlich id, quod in repet. XXX dier. amplius est — simplo accedit), weßhalb, nachdem dieser einfache Betrag als Hauptobligation weggefallen sey, auch nicht mehr von jenem Accessorium die Rede seyn könne. Offenbar hätte er aber, wenn er die aquilische Klage auf jenes Mehr zulassen wollte, gerade diese Seite der Sache völlig unberührt lassen und blos auf das amplius esse Gewicht legen müssen. Um die Sache durch ein anderes Beispiel zu erläutern, würde Paulus nach seinem Argument im Falle einer neben einem b. f. contractus eingegangenen Strafstipulation, aus der der Gläubiger das Versprochene bereits eingeklagt hatte, die b. f. actio blos wegen der Verzugszinsen oder blos wegen der durch den Verzug begründeten höhern Abschätzung der Sache ex tempore morae nicht für zuläßig erachtet haben, weil sie eine derartige Accession sind, die sich ohne die Klage auf die Hauptsache selbst nicht denken läßt. Darin und folglich in dem Princip, auf

welches er seine Argumentation stützt, stimmten ihm denn auch gewiß die übrigen Juristen bei. Fraglich war nur, ob der Fall der aquilischen Klage mit Recht unter dieses Princip gestellt werde. Pomponius und Ulpian dachten sich die Sache ohne Zweifel so, daß die Obligation aus der Lex Aquilia zweierlei nebeneinander als gleich hauptsächlich umfasse, den Werth der Sache zur Zeit der Verletzung und den Mehrbetrag dieses Werths bis ein Jahr oder einen Monat rückwärts gerechnet. Wenn man nun aber auch zugeben muß, daß schon die Lex selbst diesen Umfang der Obligation vorgeschrieben hat, so ist dieses doch in Abhängigkeit von der richterlichen Abschätzung geschehen (quanti ea res fuerit) und für diese bildet die Rücksichtsnahme auf eine dem Kläger günstigere Zeit eine blos qualitative Affection des durch sie darzustellenden einfachen Betrags, zumal die Lex selbst dessen Festhaltung bei dieser Vorschrift durch die Entgegensetzung der actio adversus infitiantem in duplum hinlänglich zu verstehen gegeben hatte. Auch widerspricht dem nicht die pönale Natur der actio legis Aquiliae; denn sie ist nur gegen den Beklagten pönal, gegen ihn aber auch nach Ausweis jener pönalen Schätzungsweise ganz und gar von dem Strafwillen des Gesetzgebers durchzogen, ohne daß man dem Object nach res und poena sondern könnte.

Mit Recht also behandelt Paulus das Verhältniß der Aquilischen Klage zur Contractsklage ganz eben so, wie das der actio rationibus distrahendis zur actio tutelae. Auch diese enthält in ihrem duplum der rei veritas eigentlich den einfachen Betrag des Interesses, der nur durch die Art der Aestimation eine mögliche Erhöhung zur Strafe des treulosen Tutor annimmt, weßhalb sie auch nicht gegen den Erben geht, und von ihr giebt Ulpian inconsequenter Weise selbst zu, daß sie nach Befriedigung des Pupillen durch die tutelae actio auf den Mehrbetrag nicht stattfinde. L. 1. §§. 20 — 23. D. de tutelae et rat. distr. (27, 3). Nur darin war zwischen ihr und der Aquilischen Klage ein Unterschied, daß die letztere schlechthin Delictsklage war und die

pönale Aestimation derselben, wenn sie eintrat, stets nur eine Erhöhung ergeben konnte, während die erstere mehr nur ein perfide agere in einem Contractsverhältniß betraf und mit ihrer Aestimation zufällig auch einmal unter dem wahren Interesse bleiben konnte. Hierauf beruhte es, daß sie gegen mehrere Vormünder doch nur einmal (l. 55. §. 1 [TRYPHONIN.] D. de admin. tut. 26, 7), die legis Aquiliae actio aber gegen mehrere Thäter mehrmals auf's Ganze angestellt werden konnte.

Daß nun Paulus mit seiner Ansicht nicht seinem eigenen Princip in l. 41. §. 1. D. de obl. et act. untreu wird, bedarf nach dessen richtiger Erklärung keiner weiteren Ausführung. Eben so wenig widerspricht sie aber auch dem, was er in l. 34. pr. eod. über das Verhältniß der actio legis Aquiliae und actio injuriarum urtheilt. Denn jedenfalls steht in diesem Verhältniß nicht ein amplius zur Frage, welches blos auf der rückwärts datirten Aestimation des einfachen Betrags beruhte. Zur vollständigen Einsicht in die Sache muß aber auf die Concurrenz der Pönalklagen überhaupt näher eingegangen werden, worüber bekanntlich unter den römischen Juristen viel Streit war (Savigny S. 237 flg.).

Für die Anwendung des oben aus l. 41. §. 1 abgeleiteten Princips der materiellen Identität des Rechtsverhältnisses, worauf die Ausschließung einer wegen desselben zustehenden Klage durch die andere beruht, ist vor Allem der Unterschied der auf rei persecutio und der auf eine Strafe gehenden Klagen wichtig. Bei den ersteren ist diese Identität weit leichter zu bestimmen, sie hat hier einen festen Anhalt an dem Zweck aller dieser Klagen, dem Kläger das zu gewähren, was ihm durch das Unrecht des Gegners in seinem Vermögen fehlt (quod ei abest). Daher kommt es hier blos darauf an, zu bestimmen, ob nach der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, aus dem die concurrenten Klagen herrühren, das Unrecht, über welches sich der Kläger beschwert, wirklich dasselbe materielle Vermögensinteresse betrifft, was in der Regel keine Schwierigkeit machen wird. Nur Ein Unterschied

oder meinem Sclaven geschenkt, so war die Liberalität factisch und nicht auf dieselben Personen gerichtet, mithin eine mehrmalige, zwei verschiedene Rechtsverhältnisse begründende. L. 53. §. 2. l. 108. §. 1. D. de leg. 1. (30). — l. 18. D. de obl. et act. (44, 7), welche letztere Stelle Sell a. a. O. S. 39 flg. nicht richtig zu erklären scheint. Aus dieser Auffassung geht nun hervor, daß unsere Systeme den s. g. concursus duarum lucrativarum causarum ohne Grund unter die Aufhebungsgründe der Obligationen stellen, wohin er kaum mehr gehört, als die ganze Lehre von der electiven Klagenconcurrenz, und daß er vielmehr in dieser Materie mit abzuhandeln ist, in deren Zusammenhange allein der Grund seiner eigenthümlichen Wirkungen klar gemacht werden kann.

Ganz anders als mit reipersecutorischen verhält es sich mit den Strafklagen, worunter wir hier diejenigen verstehen, welche auch für den Kläger nicht oder doch nicht blos den Zweck haben, einen Schadensersatz zu erlangen. Bei ihnen beruht das materielle Rechtsverhältniß gar nicht auf dem abesse actori, ja es bestimmt sich überhaupt nicht nach seiner Person, sondern vielmehr nach der des Beklagten, dem seine Missethat durch die Strafe vergolten werden soll. Demnach ist hier im directesten Gegensatz gegen die Concurrenz der reipersecutorischen Klagen aus lucrativen Gründen, wo das in die Sache eingeschlossene abesse lucrum die alternative Concurrenz begründet, die verletzte Sache völlig gleichgültig und reipersecutorische Klagen concurriren mit pönalen stets cumulativ, wenn nicht etwa die Klage auf ein doppeltes blos die Herstellung des vollen Interesses für den Kläger bezweckt, wo sie in der That für diesen eine rei persecutio enthält. Was aber die pönalen Klagen für sich betrachtet anlangt, so werden, so viele strafbaren Rechtsverletzungen von Seiten einer Person stattgefunden haben, eben so viele Strafen und Strafklagen begründet seyn, ohne daß eine die andere ausschließt. Insbesondere kommt dabei auf den Inhalt der Strafe, im Verhältniß zu demselben aber durch mehrere Delicte verletzten Rechte zunächst gar nichts an, weil die Verschiedenheit der Verbrechen eine Verschiedenheit

Wer hier zuerst das wohl in allen Ausgaben stehende duabus setzte, hatte damit offenbar die duae lucrativae causae im Sinne, bedachte aber nicht, daß sin e duabus nach dem Zusammenhange, der keine andere Ergänzung als causis lucrativis stipulatio inter cessit zuläßt, auf baaren Unsinn hinausläuft. Wahrscheinlich entstand das Wort aus der einem Abschreiber unverständlichen Abkürzung sin e dgonis (denn ein durchstrichenes D für donatio und Donib' für donationibus hat Magno, DgO für donatio Paulus Diakonus), woraus leicht duauus und duabus werden konnte, und so ist sin e donationis wiederherzustellen.

Anders wäre es bei bloßer Fortdauer der Obligationen, z. B. wenn der promissor Stichi in unserem Falle den Erben, dem ein Legat desselben Stichus an mich aufgelegt war, beerbt hätte, l. 93. pr. §. 1. D. de solut. (46, 3), in welcher letzteren Stelle offenbar mit Haloander und der Vulgata non confunditur zu lesen ist.

Im Uebrigen kommt es auch bei der Concurrenz mehrerer auf dasselbe Object gerichteter lucrativer Klagen darauf an, daß nach der Absicht der Geschäfte, woraus sie entspringen, wirklich eine materielle Identität des Rechtsverhältnisses hinsichtlich des zuzuwendenden Gewinnes bestehe; so kann ich unter Umständen, besonders aus den Testamenten mehrerer (denn in demselben Testament würde ein mehrmaliges Legat derselben Sache fast immer nur als ein einmaliges eingeschärftes zu betrachten seyn (l. 66. pr. §. 5. D. de leg. 2. vgl. jedoch l. 53. §. 2. D. de leg. 1) nach der Sache noch die Aestimation fordern, wenn dieses nämlich Absicht des Testators war [6]), und wenn Jemand mir eine Sache legirt hat, die er auch dem von mir beerbten Titius

---

[6]) So scheint mir die bestrittene l. 34. §. 1. 2. D. de leg. 1 verstanden werden zu müssen. Vgl. l. 21. §. 1. D. de leg. 3. (32). Ueber andere Ansichten vgl. W. Sell über Aufhebung der Oblig. durch conc. duar. lucr. c. S. 112 flg.

weit war auch niemals Streit über die Sache, ausser, daß die factische Identität der Handlung, z. B. wenn Jemand einen Sclaven durch mehrere Schläge nacheinander verletzt hat, oft unklar seyn und zu verschiedenen Auffassungen Anlaß geben kann, was eben so auch bei Rechtsgeschäften, z. B. dem legatum repetitum oder duplicatum möglich ist. Vgl. l. 2. D. de priv. delict. (47, 1). — l. 7. §. 5. D. de accus. (48, 2). — l. 9. C. eod. (9, 2). — l. 47. §. 9. l. 58. pr. D. de furt. (47, 2). — l. 32. §. 1. l. 27. pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2). — l. 28. §. 3. D. de poenis (48, 19). — l. 8. §. 1. C. ad leg. Jul. de vi (9, 12). — l. 8. §. 2. D. de arb. furt. caes. (47, 7) und alle bekannten Stellen über die Mehrheit der delinquirenden oder der verletzten Personen, über das ältere Criminalrecht aber Rein Criminalrecht der Römer S. 246 flg. Der einzige Fall, in dem eine elective Klagenconcurrenz zur Sprache kommen kann, ist vorhanden, wenn dieselbe Person durch Eine Verletzung derselben Person oder Sache wider mehrere Strafgesetze gefehlt hat. Wenn hier freilich nur scheinbar dieselbe Person oder Sache, in Wahrheit aber ganz verschiedene Rechte verletzt sind, so kann von keiner materiellen Identität der Strafobligation die Rede seyn, da dann verschiedene Delicte in einer Handlung vorliegen. L. 9. C. de accus. et inscr. (9, 2) Beispiele sind Concurrenzen von Diebstahl, servi corruptio und Schadenszufügung. L. 14. §. 1. D. de praescr. verb. (19, 5). — l. 11. §. 2. D. de servo corr. (11, 3). — l. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5). — l. 20. C. de furt. (6, 2). — l. 5. D. de extraord. crim. (47, 11). (Ganz mißverständlich benutzt Savigny S. 241—245, der auch hier die Identität des factum sich nicht zur Klarheit gebracht hat, einige dieser Stellen dazu, um einen Widerstreit zwischen den römischen Juristen zu begründen.) Wenn aber das verletzte Recht eins und dasselbe ist und die Handlung unter mehrere Strafgesetze subsumirt werden kann, dann tritt eine materielle Identität ein. Diese wurde nun auch bei den crimina extraordinaria ohne Zweifel von Anfang an berücksichtigt; denn während hier das freie Ermessen des

Prätors einerseits zugleich eine gesetzgeberische Macht enthielt und in ausserordentlichen Fällen ihn bewegen konnte, die vielleicht durch eine actio privata schon erlittene Strafe noch extra ordinem zu erhöhen (l. 9. §. 5. D. de public. 39, 4. — l. 2. D. de arb. furt. caes. 47, 7. — Paul. 5, 20. §. 6.), so vertrat es doch für gewöhnlich auch die Stelle der doli exceptio, wodurch in ähnlichen Fällen eine concurrente Civilklage ausgeschlossen wurde, und so finden wir als allgemeine Regel, daß wegen desselben Verbrechens nur mit der actio poenalis privata oder extra ordinem geklagt werden konnte. L. 3. D. de privat. delict. (47, 1). — l. 56. §. 1. l. 92. D. de furtis (47, 2). — §. 10. J. de injuriis (4, 4) mit Schrader pag. 624. Wenn aber dasselbe Verbrechen unter mehrere leges fiel, so konnte ursprünglich nach beiden selbstständig accusirt, wie vor dem Aufkommen der doli exceptio wegen desselben Schadens mit mehreren strictae actiones geklagt werden, bis ein Senatusconsult unter Titus dies verbot. Sueton. Tit. 8. — l. 14. D. de accus. (48, 2).

Allein ob ein Verbrechen nach den mehreren Gesetzen oder Verordnungen wirklich ein und dasselbe Verbrechen sey, und nicht doch dem Recht wegen einer verschiedenen juristischen Beziehung, die das eine oder andere Gesetz vor Augen hatte, die Absicht, verschiedene Strafen nebeneinander eintreten zu lassen, zugeschrieben werden müsse, das zu bestimmen, konnte im einzelnen Falle sehr schwierig seyn, und ausserdem ist noch ein anderer Unterschied von Wichtigkeit, wir meinen den zwischen der Concurrenz zweier Privatstrafklagen und der einer Privatklage mit einer Accusation. Im letztern Falle schloß nämlich bei wirklicher Identität der eine Prozeß den andern jedenfalls völlig aus (ähnlich wie das judicium domesticum des Vaters das publicum der Obrigkeit und umgekehrt), ohne Rücksicht auf die Höhe der Strafe, da hier die völlige Verschiedenheit der Kläger und der Art des Verfahrens nur eine Wahl zwischen beiden Arten das Verbrechen zu verfolgen, zuließ, und man hielt nur bei crimina ordinaria darauf, daß alsdann nicht der vornehmeren Accusation durch die Privatklage

oder meinem Sclaven geschenkt, so war die Liberalität factisch und nicht auf dieselben Personen gerichtet, mithin eine mehrmalige, zwei verschiedene Rechtsverhältnisse begründende. L. 53. §. 2. l. 108. §. 1. D. de leg. 1. (30). — l. 18. D. de obl. et act. (44, 7), welche letztere Stelle Sell a. a. O. S. 39 flg. nicht richtig zu erklären scheint. Aus dieser Auffassung geht nun hervor, daß unsere Systeme den s. g. concursus duarum lucrativarum causarum ohne Grund unter die Aufhebungsgründe der Obligationen stellen, wohin er kaum mehr gehört, als die ganze Lehre von der electiven Klagenconcurrenz, und daß er vielmehr in dieser Materie mit abzuhandeln ist, in deren Zusammenhange allein der Grund seiner eigenthümlichen Wirkungen klar gemacht werden kann.

Ganz anders als mit reipersecutorischen verhält es sich mit den Strafklagen, worunter wir hier diejenigen verstehen, welche auch für den Kläger nicht oder doch nicht blos den Zweck haben, einen Schadensersatz zu erlangen. Bei ihnen beruht das materielle Rechtsverhältniß gar nicht auf dem abesse actori, ja es bestimmt sich überhaupt nicht nach seiner Person, sondern vielmehr nach der des Beklagten, dem seine Missethat durch die Strafe vergolten werden soll. Demnach ist hier im directesten Gegensatz gegen die Concurrenz der reipersecutorischen Klagen aus lucrativen Gründen, wo das in die Sache eingeschlossene abesse lucrum die alternative Concurrenz begründet, die verletzte Sache völlig gleichgültig und reipersecutorische Klagen concurriren mit pönalen stets cumulativ, wenn nicht etwa die Klage auf ein doppeltes blos die Herstellung des vollen Interesses für den Kläger bezweckt, wo sie in der That für diesen eine rei persecutio enthält. Was aber die pönalen Klagen für sich betrachtet anlangt, so werden, so viele strafbaren Rechtsverletzungen von Seiten einer Person stattgefunden haben, eben so viele Strafen und Strafklagen begründet seyn, ohne daß eine die andere ausschließt. Insbesondere kommt dabei auf den Inhalt der Strafe, im Verhältniß zu demselben aber durch mehrere Delicte verletzten Rechte zunächst gar nichts an, weil die Verschiedenheit der Verbrechen eine Verschiedenheit

der Strafen mit sich bringt und diese auch wieder den Inhalt der Strafen zu einem verschiedenen macht; die Unmöglichkeit, daß zunächst einige Strafen factisch nicht mehrmals vollzogen werden können, wie die Todesstrafe, kommt eben als eine blos factische nicht in Betracht. Dieses soll auch ohne Zweifel der aus dem Zusammenhange gerissene Satz Ulpian's in l. 60. D. de obl. et act. (44, 7) ausdrücken: Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit, wozu man sich also das Beispiel denken muß, daß mehrere z. B. dieselbe Sache gestohlen haben. Obgleich hier die pecunia, worauf die poena dupli der actio furti nec manifesti geht, dieselbe ist und daher, wenn die mehreren Klagen auf ein pecuniam abesse actori gingen, einander ausschließen könnten (sobald nämlich die Klagen auch im Uebrigen aus demselben Rechtsverhältniß herrührten, wie hier aus demselben Diebstahl), so gilt dieses doch nicht für die Strafklagen. Eben so mit l. 130. D. de reg. jur., wo derselbe Satz von allen Klagen prädicirt und nur mit Rücksicht darauf, daß reipersecutorische Klagen wegen derselben Sache eben so häufig aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren, als dieses bei Strafklagen nicht der Fall ist, gesagt wird: Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

Soll nun bei Strafklagen von einem unum idemque factum oder einer materiellen Identität des ihnen zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, kraft deren die eine die andere ausschließt, die Rede seyn — und davon spricht Modestin in l. 53. D. de obl. et act. (44, 7). Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est — so ist dazu nach dem eben Gesagten eine materielle Identität der Strafobligation wegen des Verbrechens erforderlich, welche jedenfalls ausgeschlossen ist, wenn verschiedene Personen verbrochen haben oder dieselbe Person mehrere verschiedene verbrecherische Handlungen hintereinander begangen oder mit einer Handlung zwei völlig verschiedene Rechte, z. B. mehrerer Personen verletzt hat, und in so

11. Macht die doli exceptio ein b. f. iudicium? und vom Verhältniß der pacti vel doli exceptio et replicatio zum b. f. iudicium, von der Klage auf Rückgabe einer mortis causa geschenkten Sache und von der Natur der actio praescriptis verbis.

L. 3. C. de exception. (8, 36).

Imp. Antoninus A. Vitali.

Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae iudicio si expertus non es, proposita actione consiste: nec timueris exceptionem pacti, si in ea fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit et commentum fraudis repellit.

Daß der zu Anfang der Ueberschrift ausgedrückte Satz falsch sey, hat noch kürzlich Keller in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 12 S. 400 flg. ausgeführt und namentlich auch gezeigt, daß vorstehende Coderstelle dafür nicht angeführt werden kann. Allein noch sinnloser ist der Satz, den doch diese Stelle, so wie sie lautet, wirklich ausdrückt, daß die doli replicatio eine Klage und obendrein eine solche, die schon an sich bonae fidei ist, zum b. f. iudicium mache. Offenbar ist der Text verderbt und mit einer geringen Aenderung so zu verbessern:

nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit, ut commentum fraudis repellat.

Die entgegengesetzte replicatio doli bewirkt, daß das b. f. iudicium sich dessen, was der Betrug ausgesonnen hat, erwehrt. Auf den ersten Blick möchte es scheinen, als ob die Conjectur des Giphanius (Explan. diffic. leg. Cod. T. II. p. 405) opposita bonae fidei iudic*io* facit, *ut* commentum fraudis repella*tur* noch empfehlenswerther sey. Aber abgesehen davon, daß die Replication nicht der Klage, sondern der Einrede opponirt wird, apposita

aber ungebräuchlich wäre, und daß sich schwer erklären ließe, wie aus diesem höchst verständlichen Texte die Corruptel sich hätte bilden können, so geht durch sie auch eine Feinheit des juristischen Gedankens verloren, auf die es der Urheber des Rescripts ganz vorzüglich abgesehen hatte: ja die ganze Stelle würde durch sie einen andern nicht beabsichtigten Sinn erhalten.

Es ist ein bekannter Satz, daß pacti exceptio b. f. iudiciis ipso iure inest, mit andern Worten, daß sie durch einen abgeschlossenen Erlaßvertrag schon ipso iure aufgehoben werden, weil der Kläger dolos handelt, der etwas Erlassenes noch einklagt, und jeder Dolus des Klägers die Verpflichtung nach der b. f. ausschließt, l. 3. D. de rescind. vend. (18, 5): daher dieser Satz auf den allgemeineren zurückkommt, daß doli exceptio b. f. iudiciis ipso iure continetur. L. 21. D. sol. matrim. (24, 3) l. 84. §. 5. D. de leg. 1. (30) Vat. Fragm. §. 94. l. 38. D. de hered. petit. (5, 3). Nichts desto weniger kann der Schuldner in solchen Fällen die pacti oder doli exceptio noch besonders in die Klagformel einrücken lassen, was bewirkt, daß der Richter dann nicht blos durch seine Amtspflicht nach dem Recht der b. f., sondern auch noch durch den Buchstaben der ihm vom Prätor ertheilten Instruction, mithin stricto iure verpflichtet wird, auf diese Einrede Rücksicht zu nehmen. Doch wird dieses eben als etwas Unnöthiges, vielleicht selbst den Richter gegen den Excipienten Einnehmendes im wirklichen Leben sehr selten vorgekommen seyn. Zwar sagt Paulus l. 34. §. 1. D. de obl. et act. (44, 7). Si is, cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram perimet aut ipso iure, aut per exceptionem, quod est tutius. Diese letzten Worte beziehen sich aber ohne Zweifel auf die condictio, von der man, obgleich sie auf der Idee der — durch die Zahlung aufgehobenen — Bereicherung aus fremdem Vermögen beruhte, doch wegen ihrer formellen Natur als condictio furtiva zweifeln konnte, ob nicht die doli exceptio zu ihrer Ausschließung nothwendig sey. Aehnliches werden die Römischen Juristen für die

hereditatis petitio wegen des bekannten Streites über ihre Natur angerathen haben. Wenn nun aber die pacti oder doli exceptio schon an sich in den b. f. actiones enthalten ist, so muß dasselbe auch für eine ihr entgegenstehende replicatio gelten, die nachweist, daß der Umstand, auf den sich der Beklagte beruft, wider die wahre Billigkeit angeführt werde; denn der Richter hat ja überhaupt zu prüfen, ob nach Berücksichtigung aller Umstände der Beklagte nach der b. f. verpflichtet sey. Dieser Stütze in der Amtspflicht des arbiter läuft nun aber der Kläger Gefahr für seine Gegenanführung beraubt zu werden, wenn der Beklagte die pacti exceptio in die Klagformel hat einrücken lassen, weil diese dann für das Recht der exceptio gleichsam stricti iuris geworden ist. Soll sich also die b. f. actio gegen diese exceptio behaupten, so muß sie auch wieder zu dem strictum ius, d. h. zu einer ausdrücklich einzurückenden doli replicatio ihre Zuflucht nehmen.

Aus diesem Verhältniß der pacti vel doli exceptio zum b. f. iudicium ergiebt sich nun die eigentliche Besorgniß des Bittstellers und der Sinn des ihn beruhigenden Rescripts, aus dessen Eingange schon zu entnehmen ist, daß es nach Einleitung des Verfahrens vor dem Prätor oder Präses eingeholt worden war; denn der Kaiser ersah aus dem Vortrage in der Bittschrift nicht deutlich, ob es schon zur litis contestatio gekommen war oder nicht (si expertus non es). Bittsteller nämlich meinte, wenn es blos nach der Natur des gewöhnlichen arbitrium tutelae gehen sollte, so würde er freilich ohne Bedenken gegen den gewesenen Vormund klagen können, da der Nachlaßvertrag nach der b. f. nicht rechtsbeständig sey. Der Beklagte habe ihn aber mit einer in die Klagformel eingerückten pacti exceptio in Verlegenheit gesetzt, gegen deren strictum ius nun sein arbitrium tutelae waffenlos seyn würde. Der Kaiser aber belehrt ihn, daß dieses eben als b. f. iudicium in einer alsdann entgegenzusetzenden doli replicatio ein ausreichendes Mittel besitze, wodurch es gegen die Arglist, die der Beklagte ausgesonnen habe, um es für diese Einrede seiner Natur zu berauben, sich behaupten könne. Das commentum

fraudis ist also gar nicht der Betrug, wodurch der Nachlaßvertrag erwirkt wurde, sondern die ausdrückliche Einschiebung der pacti exceptio in die formula tutelae. Darum heißt es auch vorher si in ea (nämlich pacti exceptione) nicht in eo (pacto) fraudem dolumque admissum probare potes. Einige Handschriften haben freilich in eo, aber schon aus Mißverständniß der ganzen Stelle. Daß diese nun aber nach ihrem richtigen Verständniß höchstens das gerade Gegentheil von dem, was sie beweisen soll, beweist, nämlich, daß durch eine hinzugefügte pacti vel doli exceptio selbst ein b. f. iudicium hinsichtlich jenes Einwandes seine Natur als b. f. iudicium verliert, dürfen wir nicht noch besonders hervorheben.

Die zweite Stelle, auf welche man den Satz, daß die doli exceptio eine Klage, welche nicht b. f. ist, dazu mache, hat stützen wollen, ist die l. 42. pr. D. de mortis c. don. (39,6), deren Anfang allein wir hersetzen, da die Stelle im Uebrigen von Keller a. a. O. (wie auch schon früher kurz vor Pothier Pand. Just. 39, 6. num. XXII) trefflich erklärt worden ist:

> Seia cum bonis suis, traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit, et convenit, ut, si Titius, ante ipsam vita decessiset, proprietas ad eam rediret: si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. Bonae fidei autem iudicio constituto, quaerebatur, an mulier promittere debeat, se bona, cum moreretur filiis Titii restituturam.

Ganz überzeugend hat Keller dargethan, daß keine Nothwendigkeit obwalte, die Worte Bonae fidei autem iudicio constituto auf die vorher erwähnte, mit doli exceptio angestellte vindicatio zu beziehen, worauf eben der aus dieser Stelle für den obigen falschen Satz hergenommene Beweis beruht. Wir werden aber selbst sagen müssen, daß sie darauf nicht bezogen werden

können. Schon das adversative autem und das Fehlen eines sonst unumgänglichen Zusatzes (hoc modo, hac ratione) zeigt hinlänglich, daß hier von einer anderen Klage die Rede sey; noch mehr aber, daß singularum rerum tot sunt (wie stipulationes, so auch) vindicationes, quot res, l. 1. pr. §. 1. l. 3. §. 1. D. de rei vind. (6, 1), wogegen ein Verhältniß der bona fides, welches sich auf ein ganzes Vermögen bezieht, Ein b. f. iudicium generale erzeugt. L. 38 pr. D. pro socio (17, 2). Was für ein b. f. iudicium ist nun aber gemeint? Keller glaubt, die actio fiduciae, indem statt traditionibus ursprünglich mancipationibus gestanden hätte. So richtig nun ohne Zweifel die letztere Bemerkung ist, so halten wir doch eine fiduciae actio in diesem Falle für unmöglich. Legen wir auch darauf kein Gewicht, daß die fiduciae actio nicht aus einer bloßen conventio, ut proprietas ad se redeat, sondern nur aus einer solennen Ausbedingung, ut sibi remancipetur, entspricht (darauf könnte man allenfalls auch mit der Annahme eines Emblems antworten), so steht die causa donationis, welche eben so wie Verkauf, Tausch, in dotem datio u. s. w. ein singulärer Titel ist, durch den eine einzelne Sache aus einem Vermögen in's andere übertragen wird, mit der fiducia, die das Eigenthum wesentlich blos titulo universalis veräußert, dergestalt, daß die familia in der Sache, nicht aber diese aus der familia mancipantis übertragen wird, in unversöhnlichem Widerspruch, und man kann dagegen sich auch nicht darauf berufen, daß hier eine bonorum und zwar mortis causa donatio vorliege. Denn auch eine Schenkung des ganzen Vermögens überträgt nicht die universitatis und nicht universali titulo, sondern nur alle einzelnen Sachen in bonis (mit Abzug der Schulden) aus der familia, und wenn sie auch von Todeswegen geschieht, weßhalb die vorläufige Uebertragung blos anvertrauungsweise zu erfolgen scheint, so bezieht sich dieses Anvertrauen doch auf die einzelnen Sachen als solche, und geschieht schon ex causa donationis, welche nur ein singulärer Titel ist.

Dagegen scheint es unbedenklich, die praescriptis verbis oder civilis incerta actio als die von Papinian gemeinte Klage anzunehmen, mit der die mulier (die nach dem Satzbau in iudicio constituto offenbar als logisches Subject zu denken ist) die lex dationi dicta geltend macht und die Rückübertragung des Eigenthums, da Titius vor ihr gestorben ist, fordert. Diese Klage wird zwar bei einer zum Voraus erfüllten mortis causa donatio, wenn der Beschenkte früher stirbt, nicht erwähnt, und galt auch ohne Zweifel nicht, sondern blos die condictio oder eine utilis in rem actio. L. 29. 30. 37. §. 1. l. 19. D. h. t. Denn da hier nicht contrahirt, sondern nur gegeben wird, so kann keine Contractsklage entstehen. Anders aber, wenn der Schenkgeber sich den Rückfall ausbedungen hat, wo er zwar auch condiciren kann, wie ja in jedem Falle eines Realcontracts, die utilis in rem actio aber wegfallen muß, da hier nicht gesagt werden kann, es sey materiell aller Grund der Eigenthumsübertragung weggefallen und dieses gleichsam für jenen Fall nicht übertragen worden, sondern der Geber statt des dinglichen Rechtes ausdrücklich eine durch dessen Veräußerung begründete Obligation gewählt hat, sey es durch Stipulation oder lex dationi dicta. (Wir sagen statt des dinglichen Rechts; denn hätte er dieses sich bedingen, mit andern Worten, das Eigenthum von Anfang an nur ad tempus übertragen wollen, so wäre nach vorjustianischem Rechte die ganze Schenkung nichtig gewesen. Vat. Fragm. §. 283.) L. 9. C. de donat. (8, 54) Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio, id est, praescriptis verbis, apud Praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat. L. 2. C. de don. quae sub modo (8, 55). Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem eius, qui accepit, ad te rediret, (also ganz unser Fall) donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est, conservanda — ohne Zweifel im Sinne des früheren Rechts auch per incer-

tum actionem. (Doch erfordert die Bestimmung des Verhältnisses dieser Stelle zu Fragm. Vat. §. 283. eine eigene Ausführung. Auch gewährt Papinian ausdrücklich eine in factum actio wegen Abzugs der Falcidia von einer schon bei Lebzeiten erfüllten mortis causa donatio, und dieser ist doch auch eigentlich nur eine stillschweigende lex dationi dicta. l. 77. §. 2. D. de leg. 2. (31).

Daß diese Klage nur von Papinian unserer Stelle geradezu ein b. f. iudicium genannt wird, scheint mir in der Streitfrage, ob blos die actio praescriptis verbis wegen Tausches und res aestimata data zu den b. f. actiones gehört habe, (Savigny System des Civilr. Bd. 5. Beil. XIII. Puchta Cursus der Inst. Bd. 2. §. 165. S. 121) das sicherste äußere Argument für die verneinende Ansicht. Aber warum nennt Papinian sie mit diesem doch ungewöhnlichen Namen? Die Beantwortung dieser Frage hängt mit der bisher noch nicht gelösten, ja auch wohl noch nicht gefühlten Schwierigkeit zusammen, wie Papinian darauf komme, die Verpflichtung der Frau zu der Caution wegen Rückgabe der Sachen an die Kinder des Titius blos bei der persönlichen Klage und nicht eben so gut auch bei der rei vindicatio zur Sprache zu bringen? Denn konnten die Kinder und Erben des Titius bei Anstellung der Vindication und der von der Seia dagegen vorgebrachten Einrede: sie vindicirten ein Eigenthum, welches vertragsmäßig eben jetzt, nach dem früher erfolgten Tode des Titius, auf sie, die Seia, zurückfallen sollte, nicht auch wieder einwenden: dieser Rückfall sey doch nur mit dem Zusatz eines zukünftigen Wiederrückfalls an sie, die Kläger, sofern sie die Seia überleben würden, ausbedungen worden, und die Beklagte könne daher ihrer Klage aus diesem Grunde nur dann mit Recht einen Dolus vorwerfen, wenn sie ihnen eine Caution wegen jenes zukünftigen Wiederrückfalls bestelle — mit andern Worten, es müsse ihr entweder die doli exceptio versagt oder den Klägern wegen ihnen verweigerter Caution eine replicatio in factum gegeben werden? Allerdings glaube ich, daß wenn Seia ihre doli exceptio

auf den bei der Schenkung verabredeten Rückfall des Eigenthums gestützt hätte (was die Meinung von Hasse und Keller ist), die Untersuchung, ob diese Cautionsforderung begründet sey, ganz eben so hier wie nachher bei dem von der Seia angestellten iudicium praescriptis verbis hätte vorkommen müssen und es unerklärlich bleiben würde, wie Papinian hier so ohne Weiteres doli non inutiliter opponetur exceptio hätte sagen und damit das Recht des b. f. iudicium in Gegensatz stellen können. Allein man hat nicht bemerkt, daß die Seia noch einen ganz andern Grund ihrer doli exceptio gegen die rei vindicatio hatte — ihren ususfructus, an diesen denkt Papinian, und da dieser Grund der Abweisung der Eigenthumsklage von dem zukünftigen Rückfalle des Eigenthums an die Kläger aus dem Schenkungsvertrage ganz unabhängig ist, so werden die Kläger dagegen aus der Cautionsfrage auch keine in factum replicatio entnehmen können. Wenn dagegen die Seia das conventum, ut si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, mit der actio praescriptis verbis geltend macht, so kommt dagegen auch die dieselbe scheinbar bedingende Caution zur Sprache, und zwar ipso iure, weil doli exceptio b. f. iudiciis ipso iure continetur. Um diesen abgesungenen Satz nun nicht erst ausdrücklich anführen zu müssen, nennt Papinian, der bekannte Meister in der Kürze des Ausdrucks, diese Klage sofort b. f. iudicium und giebt damit im Gegensatz zu der rei vindicatio zugleich zu verstehen, daß, während bei dieser nur die Frage sey, ob die ausdrücklich entgegenzusetzende doli exceptio Bestand haben werde, bei der actio praescriptis verbis es für die Beklagten nicht einmal einer solchen bedürfe, um die Erörterung wegen der Caution nothwendig zu machen.

---

12. Zur Lehre von der Auslegung der Verträge.

L. 53. §. 2 D. de act. empti (19, 1).

Labeo lib. 1. Pithanon.

Si habitatoribus habitatio lege venditionis recepta est, omnibus in ea habitantibus, praeter dominum, recte recepta habitatio est. Paulus: imo, si cui in ea insula, quam vendideris, gratis habitationem dederis, et sic receperis: habitatoribus, aut (Hal. et Vulg. aut in) quam quisque diem conductum habet, parum caveris nominatim enim de his recipi oportuit: itaque eos habitatores emptor insulae habitatione impune prohibebit.

In diesen Text haben sich zwei Fehler eingeschlichen. Erstens zeigt das folgende de his und eos habitatores, daß vorher statt si cui ursprünglich geschrieben gestanden hat si QVIB (quibus). Zweitens würde die Entscheidung des Paulus, wenn die lex so lautete, wie es der Text ergiebt, offenbar falsch seyn. Denn da aut disjungirt, so müßte man behaupten, daß für zwei verschiedene Arten von Personen cavirt sey, für die Miether insbesondere auf die Dauer ihrer Miethzeit, und für die übrigen habitatores allgemein: um so mehr, als auf diese Weise das Wort habitatores in seiner natürlichen allgemeinen Bedeutung genommen wird und der Vorbehalt einen den Umständen und dem Zweck der Willenserklärung angemessenen Sinn erhält. Auch deutet die verschiedene Lesart aut in oder blos aut eine Corruptel an dieser Stelle an. Das Richtige ist aber ohne Zweifel ad quam quisque diem und die Corruptel daraus entstanden, daß der Rundstrich des D etwas zu hoch und noch über A angefangen und nicht ganz mit dem Verticalstrich geschlossen war, so daß das Ganze sich wie ein überstrichenes AI ausnahm, was denn einige Abschreiber in aut in, andere blos in aut auflösten. Die so entstehende Fassung des Vorbehalts scheint nun die gewöhnliche gewesen zu seyn, um sich vor den Evictions-

ansprüchen der Conductoren zu sichern, L. 13. §. 30. D. eod. Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus etc.: so daß Paulus guten Grund zu seiner Gegenbemerkung hatte. Nach dieser Fassung des Vorbehalts bezieht sich nämlich habitatores vermöge des Zusatzes nur auf Miether, so daß solche, welche unentgeltlich wohnten, vom Käufer, ohne gegen den Vertrag zu verstoßen, ausgetrieben werden konnten.

VII.

Ueber Verzugszinsen nach erkanntem Concursprozesse, sowie über Verzug im Allgemeinen.

Von

Herrn Hofgerichtsrath Gerau
in Darmstadt.

Mehrere der neueren Rechtsgelehrten haben in ihren Erörterungen über das Wesen und die Folgen unseres deutschen Concursverfahrens den Satz ausgesprochen, daß nach erkanntem Concursprozesse keine Verzugszinsen liefen [1]), und es ist dieser folgenreiche Satz auch in die Rechtssprechung einzelner Gerichte übergegangen. Der von den Rechtsgelehrten, welche diese äußerst folgereiche Ansicht ausgesprochen haben, angeführte Grund, „daß nach Eröffnung des Concursprozesses der Schuldner nicht zahlen dürfe, daher auch eine mora desselben nicht entstehen und nicht fortbestehen könne," hat in seiner ersten Auffassung etwas Einnehmendes, allein bei einer gründlichen Beleuchtung überzeugt man

---

[1]) Mackeldey Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts §. 780. Schweppe Concursprozeß §. 50. Gensler im Archiv für civilistische Praxis Bd. II. S. 360.

sich, daß er eben so wenig wie der von Gensler a. a. O. angeführte Grund, „weil die Gläubiger nicht in mora seyen," weder in den positiven Gesetzen noch in der Natur der Sache, namentlich im Geiste und Zwecke des Concursprozesses eine Unterstützung findet, vielmehr unhaltbar ist, und zu einem das wahre Recht verletzenden Resultate führt.

Bei der aus der Natur und dem Zwecke des Concursprozesses hervorgehenden regelmäßigen langen Dauer des Concursverfahrens in den Fällen, wo eine größere Anzahl von Gläubigern auftritt, müssen sich bei Annahme des von mir beanstandeten Satzes Folgen ergeben, welche schwere Verluste durch Zinsen und Früchteentbehrungen erzeugen, zur wahren Rechtsungleichheit führen, und einen Theil der Gläubiger auf Kosten der anderen bereichern würden, der denkende Jurist muß darum in diesen Betrachtungen ein starkes Motiv zur gründlichen Prüfung dieses berührten Grundsatzes finden, damit nicht theoretische Sätze zum Unrecht und zur Inconsequenz in der Anwendung führen.

Der in der älteren Doctrin häufig ausgesprochene, in der neueren Zeit jedoch verlassene Grundsatz, daß während des Concursprozesses alle und jede Zinsen zu laufen aufhörten, konnte eine solche Rechtsungleichheit nicht herbeiführen, wie die Annahme des Sistirens nur der Verzugszinsen, indem in dem Falle, wenn alle Zinsen jeder Art während des Concursprosses sistirt bleiben, wenigstens unter Gläubigern derselben Classe dasselbe Verhältniß sich ergiebt, wie wenn Allen Zinsen zu ihren Forderungen zugerechnet werden, während da, wo nur die Verzugszinsen ausgeschlossen sind, diejenigen Gläubiger sogar derselben Classe, welche unmittelbar gesetzliche oder vertragsmäßige, oder in testamentarischen Bestimmungen beruhende Zinsen fordern können, eine bedeutende Bevorrechtung vor den Gläubigern genießen, deren Zinsenanspruch sich auf Verzug gründet, während doch allenthalben die Zinsen die Eigenschaft von Accessionen der Hauptsache behaupten, folglich gleiche Stelle mit der Hauptsumme einnehmen.

Zur Rechtfertigung der zuvor ausgesprochenen Ansicht, daß

der Grundsatz: „als finde nach ausgebrochenem Concursprozesse der Anspruch auf Vergütung von Verzugszinsen aus der Concursmasse nicht statt", weder mit dem positiven Rechte noch mit dem Geiste des Concursverfahrens, noch mit dem natürlichen Rechte zu vereinbaren ist, sind die folgenden Ausführungen bestimmt.

Gewiß ist es, daß bei Annahme des von mir beanstandeten Satzes auch die schon vor Beginn des Concursprozesses begonnenen Verzugszinsen fortzulaufen aufhören müßten, indem, wenn keine mora auf Seite des Gemeinschuldners nach erkanntem Concursprozesse angenommen werden darf, eben sowohl die Voraussetzungen zum Fortlaufen wie zum Beginnen der Zinsen aus dem Verzuge ermangeln, indem das, was Bedingung des Entstehens ist, auch als Bedingung der Fortdauer erscheinen muß.

Die Ansicht, daß nach erkanntem Concursprocesse Verzugszinsen nicht gefordert werden könnten, stützt sich mit Nothwendigkeit auf die Unterstellung, daß a) dem Gemeinschuldner durch Erkennung des Concursprozesses die Möglichkeit der Zahlung, der Befriedigung seiner Creditoren entzogen sey, die Nichtzahlung ihm daher nicht zum Vorwurfe und Nachtheile gereichen könne; b) daß die Annahme des Verzugs eine subjectiv widerrechtliche Verzögerung, culpa des Schuldners in der Befriedigung der aufgetretenen Gläubiger und c) daß eine solche culpose Verzögerung der schuldigen Zahlungsleistung von Seiten des Gemeinschuldners bei eingetretenem Concursprozesse nicht vorliege. Diese sämmtlichen Unterstellungen kann ich jedoch nicht anders als für unrichtig erkennen.

Ad a) Es folgt aus der rechtlichen Natur und dem Zwecke des Concursprozesses als eines lediglich die Befriedigung von Gläubigeransprüchen bezweckenden Verfahrens, dessen Tendenz gar nicht auf Entziehung des Eigenthums oder Besitzes des gemeinschuldnerischen Vermögens gerichtet ist, daß durch dessen Erkennung an und für sich dem Gemeinschuldner weder Eigenthum noch juristischer Besitz an seinem bisherigen Vermögen entzogen wird, da ja die Gläubiger Eigenthumsrechte nicht erlangen wollen und sie

auch des zu Erlangung eines juristischen Besitzes erforderlichen bestimmten hierauf gerichteten Wollens entbehren. Nur die Detention und die Befugniß auf eine den Gläubigern nachtheilige Weise über sein Vermögen zu disponiren, verliert der Cridar und die Gläubiger erlangen das Recht, hierüber unter Aufsicht und Leitung des Gerichts zum Zwecke ihrer Befriedigung in gesetzlichem Wege zu disponiren und solches zu diesem Behufe zu veräußern; sie werden also nur Verwalter fremden Vermögens zu eignem Nutzen. Der Cridar bleibt nach erkanntem Concursprozesse nach wie vor Eigenthümer bis zur Veräußerung, und es trifft nur ihn der das Vermögen mindernde oder zerstörende Zufall, ja die Gläubiger bleiben ihm für die bestmögliche Verwaltung und Erhaltung verantwortlich. Darum ist auch der Massecurator wenn gleich zunächst Bevollmächtigter der Creditoren, doch auch Vertreter des Cridars und im Verhältnisse eines Verwalters seines Vermögens zu ihm stehend.

Hinsichtlich der Schuldverbindlichkeiten selbst und des Verhältnisses zwischen dem Gemeinschuldner wird darum auch durch die Erkennung des Concursprozesses, wie Gensler in der allegirten Abhandlung gewiß richtig bemekt, keine Novation bewirkt, der Cridar bleibt nach wie vor allein der verhaftete Schuldner und folglich allein der Gegner jeden einzelnen Gläubigers, er bleibt jedem Gläubiger für denjenigen Theil seiner Forderung verhaftet, mit welchem er in dem Concursfahren nicht befriedigt wird, und es erscheint darum auch der Contradictor nur als Vertreter des Gemeinschuldners, keineswegs aber als Vertreter des Gläubigercorps, wenn gleich diese wegen ihres Interesse und ihrer Ansprüche, die sie als Gläubiger an der Masse als dem für ihre Befriedigung bestimmten Objecte haben, allerdings einen Einfluß auf die Thätigkeit des Contradictors zu üben berechtigt gehalten werden müssen. Das Gläubigercorps selbst bildet nicht den Gegner jedes einzelnen Gläubigers, weil hierzu nicht allein jede Veranlassung mangelt, sondern auch es rechtlich undenkbar ist, daß ein Gläubiger in derselben Verhandlung zugleich als Kläger und als

Mitglied des Gläubigerconsortiums wieder in der Rolle des Beklagten auftritt, überhaupt kein Rechtsgrund vorliegt, welcher dem Gläubigerconsortium die Rolle des Beklagten überweisen könnte. Selbst die Ansicht von einer Singularsuccession der Creditoren ist rechtlich unhaltbar und ganz unnöthig, denn sie succediren dem Gemeinschuldner gar nicht, weil ihnen dessen Vermögen nicht zum Eigenthum überwiesen wird, sondern blos zum Gegenstand ihrer Befriedigung, wobei sie ihre Stellung als dem Schuldner gegenüberstehende Personen behalten; durch die richterliche Verfügung, wodurch ihnen das gemeinschuldnerische Vermögen als Object ihrer Befriedigung überwiesen wird, erlangen sie nur das Recht, solches anzugreifen und sich durch dessen Veräußerung und Eintreibung bezahlt zu machen, dadurch werden sie aber an und für sich eben so wenig Eigenthümer und folgeweise auch nicht Nachfolger, als in dem Falle, wo der Schuldner freiwillig sein Vermögen abtritt, indem eine solche cessio keine wahre cessio in solutum ist, vielmehr nur als eine Ueberlassung zum objectum executionis judicialis angesehen werden kann, wodurch der Schuldner seinen Gläubigern dasjenige freiwillig gewährt, was sonst eine gegen seinen Willen eintretende Folge des Decreti de aperiundo concursu ist. Diesen Ansichten steht nicht entgegen, daß es auch Massegläubiger, eigentliche Gläubiger des Gläubigercorps giebt, denn hier erscheinen die Gläubiger entweder als Selbstcontrahenten verpflichtet, der Cridar aber ex versione in rem verhaftet, oder es bildet wie bei Reallasten das Vermögen selbst das verpflichtete Subject, welches durch jeden Besitzer repräsentirt wird, und wobei es auf die Person des Eigenthümers gar nicht ankommt.

Wenn Gensler l. c. alle diese ausgesprochenen rechtlichen Folgen des Concursprozesses anerkennt, dagegen aber S. 360 den Satz ausspricht: „mit dem Eintritt des formellen Concurses wird auch der Lauf der vom Cridar schuldigen Verzugszinsen unterbrochen, d. h. von der Masse oder dem Concursgläubigercorps können diejenigen usurae morae nicht gefordert werden, welche erst nach dem Eintritt des formellen Concurses entstehen, denn

die Gläubiger sind nicht in mora, gegen den nachher neues Vermögen erwerbenden Cridar findet aber ihre Forderung allerdings statt, weil seine Verbindlichkeiten durch den Concurs sich nicht auflösen," so kann ich nicht anders als eine Inconsequenz hierin finden. Das Gläubigercorps ist freilich nicht in mora gegenüber dem einzelnen Gläubiger, weil sie nicht in die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners eintreten, sondern Mitgläubiger neben dem Einzelnen sind und dastehen, weil jeder einzelne gerade so gut wie der andere seine Forderung geltend macht, und weil sie auch nicht Eigenthümer des Vermögens, aus welchem die Verzugszinsen gefordert werden, sind. Im Zahlungsverzuge kann nur derjenige seyn, auf welchem die Verbindlichkeit zur Zahlung haftet. Dieß kann aber beim Gläubigercorps nie angenommen werden, selbst wenn sie Veranlassung zum Widerspruche von Seiten des Contradictors geben, indem auch hierdurch in dem Obligationsverhältnisse selbst nichts geändert werden kann, und höchstens dadurch dem Cridar ein Ersatzanspruch gegen die Gläubiger begründet werden könnte. Zinsen der Zögerung als Accession der Hauptschuld werden immer von dem zögernden Schuldner gefordert, sie sind mit der Hauptschuld unzertrennlich verbunden, ist also der Gemeinschuldner im Verzuge, so müssen diese Verzugszinsen mit der Hauptschuld, und zwar aus der Concursmasse gezahlt werden, da die Concursmasse Eigenthum des Gemeinschuldners bis zur Verausgabung bleibt und alle Verbindlichkeiten einer Person zunächst auf sie selbst, hiernächst aber auf ihr Vermögen fallen. Wenn aber, wie Gensler sehr richtig sagt, die Verbindlichkeiten des Cridars sich durch den Concurs nicht auflösen, und wenn eine Anforderung von Verzugszinsen an den Cridar in dem nach Beendigung des Concursprozesses neu erworbenen Vermögen nach Gensler's Ansicht stattfinden kann, so muß der Cridar wohl auch in Verzug seyn, und ist er dieß, so ist kein Grund zu erkennen, warum ein Anspruch auf Vergütung der Verzugszinsen nicht gegen die Concursmasse mit der Hauptforderung sollte geltend gemacht werden können und dürfen, da ja überhaupt in allen Fällen, wo Verbind-

lichkeiten aus Obligationsverhältnissen vom Cridar unerfüllt gelassen, oder nicht vollständig vor eingetretenem Concursprozesse zur Erfüllung gebracht werden, und welche von den in seine persönliche Obligationsverhälnisse nicht eintretenden Creditoren nicht erfüllt zu werden brauchen, selbst in dem Falle, wo die Verletzung des creditorischen Rechts erst durch die Gläubiger in Folge der Concurserkennung und des Angriffs des gemeinschuldnerischen Vermögens herbeigeführt wird, wie z. B. durch Veräußerung verpachteter Güter, das Interesse der verletzten Creditoren gegen die Concursmasse und zwar als Schuld des Cridars geltend gemacht werden kann und muß.

Ist denn ein Unterschied zwischen dem Falle, wo der Gemeinschuldner als Verpächter seinen über seine Güter geschlossenen Pachtvertrag in Folge der Erkennung des Concursprozesses auszuhalten gehindert ist, und zwischen dem Falle, wo er in Folge der Beschlagnahme seines Vermögens eine Darlehns- oder Waarenschuld nicht zahlen kann? Durch diese Ausführungen glaube ich die Unhaltbarkeit des von Gensler angeführten Grundes dargelegt zu haben, und ich glaube auch die Widerlegung des anderen Grundes, „daß nämlich der Cridar, weil er durch den Eintritt des Concursprozesses an der Zahlung gehindert sey, nicht als in mora befindlich angesehen werden dürfe," folgt gleichfalls als consequente Folge aus obigen Sätzen.

Wenn der Gemeinschuldner auch nach erkanntem Concursprozesse bis zur Veräußerung seines Vermögens, ja bis zur Auszahlung der hieraus gewonnenen Erlöse, noch fortwährend Eigenthümer dieses Vermögens bleibt, wenn er durch Zufriedenstellung aller Creditoren sich wieder die völlig freie Disposition über sein Vermögen verschaffen kann, so ist diese Entziehung der Vermögensdisposition nur eine widerrufliche und nur in einer Richtung wirkende, dahin nämlich, daß er über sein Vermögen zum Nachtheil seiner Creditoren oder einzelner derselben nicht verfügen kann. Eine einseitige Befriedigung eines oder des andern Gläubigers ist dem Gemeinschuldner, und zwar nur aus dem in Be-

schlag genommenen Vermögen untersagt, dagegen aber ist ihm nirgends eine allgemeine Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger verboten, und eben so wenig ist es ihm untersagt, durch Dazwischenkunft eines Dritten aus des letzteren Vermögen die Berichtigung einzelner Forderungen zu bewirken. Ein rechtliches Hinderniß gegen die Berichtigung der Forderungen besteht also durch Erkennung des Concursprozesses für den Cridar nicht, und daß es ihm an den hierzu erforderlichen Mitteln fehlt, das ist eine Erscheinung, die durch glückliche Ereignisse, z. B. Erbschaft, Gewinnst, Intercession Dritter in jedem Momente beseitigt werden kann, und welche darum nicht als allgemein wirkende nothwendige Folge des Concursprozesses gelten und dem Concursverfahren die Eigenschaft und den Erfolg eines absoluten rechtlichen Verhinderungsgrundes für den Gemeinschuldner in Befriedigung der Creditoren nicht verleihen kann. Wenn ein Gläubiger gegen einen Schuldner klagend auftritt, dieser den Mangel an Zahlungsmitteln vorschützt und wirklich zahlungsunfähig befunden wird, so wird wohl Niemand Bedenken tragen, gegen den Verklagten die Folgen des Zahlungsverzugs eintreten zu lassen; und welcher Unterschied besteht dann in der angeregten Beziehung zwischen dem Falle, wo der Schuldner kein Vermögen, welches er zur Befriedigung seines einzigen Gläubigers verwenden könnte, besitzt, und dem Falle, wo ihm dasselbe wegen dessen Unzulänglichkeit zu Befriedigung mehrerer Gläubiger, um es unter Alle nach Anleitung der gesetzlichen Bestimmungen über Vorzugsrechte zu vertheilen in Beschlag genommen, und er dadurch an beliebiger Befriedigung eines oder des andern seiner Creditoren gehindert wird? In einem wie im andern Falle liegt die Ursache der Nichtbefriedigung seiner Creditoren nicht in den Maßregeln des Gerichts, im Gegentheil, es ist ja die wesentliche Aufgabe und Zweck des Concursverfahrens, die Befriedigung der Creditoren nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen herbeizuführen, mit Berücksichtigung der Rechte aller Creditoren, es mangelt nur an den hierzu benöthigten Mitteln, und hierin allein liegt das Hemmniß der Befriedigung.

Dieser Mangel ist aber nicht Folge, sondern Ursache des Concursprozesses. Die Unmöglichkeit der Befriedigung der Creditoren und jedes einzelnen liegt also nicht in der gerichtlichen Procedur, sondern in der Person des Cridars und in dem bei ihm eingetretenen Mangel an Zahlungsmitteln. So wenig der hier beanstandete Satz in speciellen Gesetzen seine Begründung findet, eben so wenig findet er in allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und gewiß eben so wenig in dem natürlichen Rechte Unterstützung. Im Gegentheil, die positiven Gesetze (l. 137. §. 4. D. de verb. oblig.) sprechen sehr deutlich den Grundsatz aus, daß das Zahlungsunvermögen als ein die Person des Schuldners betreffender Nachtheil zu betrachten ist, also auch in den Rechten des Gläubigers keine Aenderung bewirken kann, wie weiter unten dargelegt wird. Die allegirte Gesetzesstelle sagt sehr bestimmt und allgemein: Generaliter causa difficultatis (das Unvermögen [Geldmangel] in der Person des Schuldners) ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris (promissarii) pertinet.

Indem die Gesetze dem Vertrage, durch welchen ein Gläubiger sich Zinsen von einer Hauptschuld versprechen läßt; Rechtsverbindlichkeit und Klagbarkeit statuiren, anerkennen sie damit, was natürliches Recht und Billigkeit verlangen, daß derjenige, welcher fremdes Eigenthum für seine Zwecke nutzt, dadurch dem Gläubiger die Möglichkeit entzieht, sein Eigenthum für sich selbst nutzbar zu machen, auch verpflichtet ist, für das ihm nicht zustehende Recht des Genusses einer fremden Sache dem Eigenthümer eine Vergütung zu leisten. Die Verzugszinsen stützen sich auf gleiche entscheidende Gründe des natürlichen Rechts, sie entstehen aus einer einseitigen Rechtsbeeinträchtigung, widerruflichen Vorenthaltung fremden Eigenthums, oder durch Nichterfüllung einer Verbindlichkeit zur gehörigen Zeit, sie sind eine Vergütung für die unbefugte Verhinderung des Eigenthümers in dem Genusse seines Eigenthums, ihre Sanction beruht demnach in einer nothwendigen Anforderung an die Gerechtigkeit und Staatspolitik.

Darum haben die Gesetze auch die Zinsen aus Verzug, als allgemeine Entschädigungsabfindung, da wo ein höheres Interesse nicht nachgewiesen werden kann oder will, eben so und mit denselben Erfolgen und Rechten anerkannt und sanctionirt, wie die Zinsen, welche in freiwilliger Anerkennung beruhen, sie behaupten dieselben Rechte, wie die vertragsmäßigen, wenn man von den aus den eigenthümlichen Gründen der Entstehung sich ableitenden speciellen Gründen des Aufhörens derselben absieht.

Wenn nun aber allenthalben im Verkehre die Verzugszinsen, die selbstständige Klagbarkeit abgerechnet, gleiche Rechte mit den aus Vertrag entspringenden genießen, wenn sie aus demselben Grunde des Rechts entspringen, warum soll diese Gleichheit des Rechts in dem Falle eine Abänderung erleiden, wo der Schuldner durch Contrahirung mehrerer Schulden zahlungsunfähig wird? Hört denn mit Eintritt des Concursprozesses der eigentliche Grund der Zinsenentrichtungspflicht, widerrechtliche Behinderung des Gläubigers in dem Genusse seines Eigenthums, oder dessen, was ihm gebührt, auf? Ist es denn keine Widerrechtlichkeit, wenn dem sein fälliges Geld zurückfordernden Gläubiger solches nicht zurückerstattet, derselbe vielmehr durch Verhältnisse, die der Gemeinschuldner veranlaßt hat, mit seiner zu fordern habenden Befriedigung hingehalten wird? Kann und darf nach Gründen vernünftiger Beurtheilung und des inneren Rechtsgefühls der an und für sich begründete Anspruch des Gläubigers wesentlich verkürzt werden durch das seine Person gar nicht berührende, in der Person des Schuldners eintretende, ohnehin in der Regel in allen Fällen in einer Verschuldung des Schuldners beruhende, stets aber jeder Einwirkung des Gläubigers entzogene Ereigniß, daß der Schuldner mehrere Verbindlichkeiten contrahirt und dadurch die Unmöglichkeit der Befriedigung seiner Creditoren selbst veranlaßt?

Eine Gesetzgebung, welche einen solchen Grundsatz ausspräche, müßte ich im höchsten Grade mißbilligen. Man denke sich den Fall, wo Jemand einem Anderen ein unverzinsliches, bedeutendes,

hypothecarisch versichertes Darlehn auf kurze Zeit unverzinslich leihet, solches später zurückverlangt, oder wo eine Frau wegen schlechter Wirthschaft ihres Ehemannes ihr Illatum zurückfordert, nun Concursprozeß entsteht, der zehn bis fünfzehn Jahre dauert. Ist es wohl mit dem natürlichen Rechtsgefühle zu vereinigen, daß der Darleiher, die Frau, welche nach den Grundsätzen unsers Concursverfahrens ein Retentionsrecht nicht mehr üben kann, nun für diesen Zeitraum, und weil vielleicht über die Priorität unter den Creditoren Jahre lang gestritten wird, nicht allein ihrer Forderung entbehren, sondern auch keine Zinsen erhalten, somit aus den Erträgen ihres in das Vermögen des Cridars verwendeten Vermögens die Zinsen derjenigen Gläubiger berichtigt werden sollen, die ihnen nachstehen, sich aber Zinsen stipulirt haben?

Ein solcher Erfolg widerstreitet dem natürlichen Rechtsgefühle, er kann darum auch nicht dem Sinne und Willen unserer Gesetze entsprechen, wir dürfen ihn darum aber auch beim Mangel bestimmter deßfallsiger Vorschriften nicht annehmen, eben weil er dem natürlichen Rechte widerstrebt.

ad b) Ueber die Frage: „ob nach den Ansichten des Römischen Rechtes die Annahme einer mora eine dolose, wenigstens culpose Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit, also eine subjectiv widerrechtliche Nichterfüllung voraussetzt, oder ob dazu jede objectiv widerrechtliche, d. h. jede ohne gerechten Entschuldigungsgrund geschehene, Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit genügt," sind bekanntlich die Ansichten der Rechtsgelehrten getheilt.

Nach reiflicher Erwägung trete ich der von Schömann in seiner Lehre vom Schadensersatze Bd. II. S. 10 flg. ausgesprochenen und gründlich vertheidigten, auch von Mackeldey in seinem Lehrbuche des Römischen Rechts §. 345 (womit aber seine Ansicht über den Nichteintritt einer mora nach erkanntem Concursprozesse im Widerspruche steht) angenommenen Ansicht bei, daß zur Begründung der mora nicht erforderlich ist, daß dem Zögernden eine culpa in der Nichterfüllung zur Last falle, sondern die

mora mit ihren nachtheiligen Folgen für Jeden schon alsdann eintritt, wenn es nur an ihm (die Verhinderung durch Zufall jedoch unter einigen Beschränkungen mit eingerechnet) und nicht an seinem Gegner lag, daß die Erfüllung nicht zur gehörigen Zeit erfolgte, woferne dem Zögernden nicht ein besonderer gerechter Entschuldigungsgrund zu Statten kommt, indem nur bei dieser Annahme die Grundsätze über mora mit denen über die Tragung der Folgen des casus in Harmonie gebracht werden können.

Glück in dem Commentar Bd. II. S. 402. Mühlenbruch in dem Lehrbuche des Pandektenrechts §. 355. Bd. II. 2te Aufl. v. Schröter im 4ten Bande dieser Zeitschrift in der Abhandlung über die Regel dies interpellat pro homine, Thibaut im System des Pand. Rechts 5te Aufl. §. 102. Schweppe im Römischen Privatrechte §. 386. scheinen sich zur entgegengesetzten Ansicht zu bekennen, indem Glück nur bemerkt: „der Zeitpunkt muß verstrichen und die schuldige Verbindlichkeit ohne rechtmäßige Ursache unterlassen seyn, es mag diese Unterlassung in Vorsatz oder Nachlässigkeit beruhen," und Mühlenbruch sich kurz dahin äußert: „Eine unverschuldete mora ist in der Regel nicht nachtheilig." Thibaut aber bemerkt: „wird die Verbindlichkeit durch Versehen nicht zur gehörigen Zeit erfüllt rc."

Die Gesetzesstellen, auf welche sich die Gelehrten, welche zur Begründung einer mora ein Versehen des Schuldners, culpa bei der Nichterfüllung verlangen, berufen, beweisen diesen Satz nicht [2]), denn sie reden von Fällen, wo die Erfüllung wegen in der Person des Berechtigten eingetretener und zwar zufälliger Hindernisse unterblieb, es kann aus ihnen darum nicht der Satz

---

[2]) l. 9. §. 1. Si tamen post mortem creditoris nemo fuit cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit. l. 23. §. 1. de Receptis (4, 8). Idem ait: si jusserit (arbiter) me tibi dare, et valetudine sis impeditus, quo minus accipias, aut alia justa ex causa, Proculum existimare, poenam non committi, nec si post Calendas te parato accipere non dem.

abgeleitet werden, daß alle nicht von dem Schuldner verschuldete Hindernisse den Eintritt der mora hinderten, aus ihnen folgt vielmehr das Gegentheil, nämlich der Satz, daß wenn der Grund der Verhinderung in einem in der Person des Schuldners sich zugetragenen Verhältnisse, selbst in einem Zufalle beruht, dennoch weil seine Verbindlichkeit dadurch nicht aufhört, mit der Nichterfüllung von seiner Seite die mora eintritt, eben weil ja auch in dem Falle, wo ein Zufall in der Person des Gläubigers die Erfüllung hindert, diesen der hieraus erwachsende Nachtheil trifft. Die l. 1. §. 4. D. de oblig. et act. sagt darum: et ille quidem qui mutuum accepit si quolibet casu quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet und l. 11. C. Si certum petatur: Incendium aere alieno non exuit debitorem.

Ich will hier dasjenige nicht vollständig wiederholen, was Schömann l. c. bereits ausgeführt hat, jedoch glaube ich, mehrere Stellen der Gesetze speciell berühren und seinen Ausführungen noch Einiges beifügen zu müssen, weil der Schluß seiner Deduction, namentlich bezüglich des Casus, mir ungenügend erscheint.

Die Auslegung der vielen hierher bezüglichen Gesetze, die Abstraction eines richtigen Resultates, hat wegen der großen Anzahl der hierher bezüglichen Stellen und der Unbestimmtheit vieler der entscheidenden Bestimmungen derselben allerdings große Schwierigkeit, allein ich glaube, man kann, wenn man sie alle richtig auffaßt und wenn man ihre Bestimmungen nebeneinander stellt und sie so interpretirt, daß sie nicht in Widerspruch stehen, zu keinem anderen als dem von mir ausgesprochenen Resultate gelangen.

In den Gesetzen scheinen mir jedenfalls sehr entscheidende Andeutungen für den hier aufgestellten Satz enthalten zu seyn.

In l. 21. D. de usuris (22, 1) heißt es: Sciendum est non omne quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum etc.

l. 40. D. de rebus creditis (12, 1) sagt: Non enim in

mora estis, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

l. 72. D. de solut. bemerkt : Si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit.

l. 21. §. 3. de actionibus emti venditi (19, 1) schreibt vor: Cum per venditorem steterit (also ganz allgemein ohne Unterscheidung des Grundes), quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit.

In l. 51. §. 1. ibid. heißt es eben so allgemein : quia in vendendo hoc ageretur, ut quandoque per emptorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur.

l. 24. D. de usuris et fruct. (22, 1) enthält die Bestimmung : Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram utique si juste ad judicium provocavit.

Hierzu kommt nun noch die ganz allgemeine und sehr entscheidende Bestimmung der l. 137. §. 4. D. de verb. obligat. : Et generaliter causa difficultatis (difficultas heißt das in der Person des Verpflichteten eintretende Unvermögen) ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris (der sich versprechen läßt) pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse qui alienum servum quem dominus non vendat, dare promiserit.

Klarer als in dieser Stelle geschehen, kann man wohl den Satz nicht aussprechen, daß alles in der Person des Verpflichteten eintretende Unvermögen der Erfüllung einer Verbindlichkeit dem Verpflichteten zum Nachtheile gereichen solle, denn die Weigerung des Eigenthümers eines fremden Sclaven, denselben an den Promittenten zu verkaufen, ist bezüglich des Promittenten als ein völlig von seinem Willen unabhängiges Ereigniß, und das Gesetz spricht ganz allgemein und ohne Unterscheidung, ob der Promittent etwa durch unüberlegtes Versprechen sich den Vorwurf einer Nachlässigkeit zugezogen habe. Wir können aber bei der großen Umsicht und Schärfe der Römischen

Juristen nicht annehmen, daß die Sprache des Gesetzes so allgemein seyn würde, wenn der Verfasser nicht ohne alle Unterscheidung hätte disponiren wollen.

Eben so wenig können wir uns der Ansicht hingeben, daß die Römischen Juristen, wenn sie zur Annahme einer mora erfordert hätten, daß die Zögerung in einer culpa beruhen müsse, also durch zufällige Verhinderung immer ausgeschlossen werde, in den allegirten Gesetzen sich der Ausdrücke: »optima ratione« »propter exceptionem“ „sine justa causa“ „juste“ bedient haben würden, welche auf einen Berechtigungsgrund hindeuten, und daß sie in so vielen Stellen den Eintritt der mora unmodificirt alsdann angenommen haben würden: »si per venditorem stetit, quo minus rem tradat: per emptorem factum sit, quo minus solvat,“ da diese Ausdrücke nach der Sprache der Klassiker überhaupt alle in der Person des Leistungspflichtigen eingetretene Hindernisse umfassen.

Thibaut im Systeme des Pandektenrechts 5te Auflage §. 102, welcher zur Begründung einer mora ebenfalls Versehen auf Seite des Verpflichteten in der Erfüllung fordert, will die Disposition der l. 137. §. 4. cit. durch die Bemerkung beseitigen, daß in derselben nicht von mora, sondern von dem Anfange der obligatio die Rede seye.

Die Disposition des Gesetzes: »illud inspiciendum est, an qui centum dare promisit confestim teneatur, an vero cessat obligatio, donec pecuniam conferre possit, quid ergo si neque domi habeat, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi“ scheint mir aber sehr deutlich anzudeuten, daß hier eine wirksame obligatio unterstellt, und nur vom Anfange der Zahlungsfälligkeit, Zahlungspflicht die Rede ist, es wird nur die Frage aufgeworfen, ob der Versprechende confestim teneatur, oder ob die Verbindlichkeit cessire, bis er das Geld herbeischaffen könne. Das Geldherbeischaffen bezieht sich doch allein auf die Erfüllung der obligatio, nicht auf die Begründung. Abgesehen hiervon, ist

ja aber nach klarer Bestimmung der Gesetze, so lange nicht Fristen besonders gesetzt sind, Credit gegeben ist, der Moment der Entstehung einer Verbindlichkeit auch der Moment der schuldigen Erfüllung [3]). Die ganze Stelle spricht überhaupt nur von Zeit und Ort der Erfüllung, von der facultas dandi.

Die Stellen, welche gewöhnlich für die entgegengesetzte Meinung angeführt werden, beweisen, wie Schömann a. a. O. richtig, jedoch ohne näher in deren Dispositionen einzugehen, bemerkt, dafür nichts.

Die l. 63. D. de reg. juris : qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere, ist zu allgemein, und heißt nur so viel, daß durch das Berufen auf gerichtliche Entscheidung an und für sich und sine dolo malo, d. h. wenn der Schuldner nicht von der Richtigkeit der Forderung überzeugt ist, keine mora begründet werde. Es hängt die Annahme der mora natürlich vom Ausgange des Prozesses und den Umständen, ob juste oder sine justa causa, namentlich ob mala fide ad judicium provocirt worden ist, ab. Man muß diese Stelle wohl also interpretiren, weil man dadurch in Einklang mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gelangt, und nach Vorschrift der l. 1. de Reg. Juris : Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat, et regula rem breviter narrat.

Die l. 31. D. de re judicata spricht nur von Vollstreckung der richterlichen Urtheile und den bei Bewilligung von Zahlungsfristen zu nehmenden Rücksichten, welche aber in den Voraussetzungen des Verzugs nichts ändern können. In Uebereinstimmung hiermit sagt auch Dabelow in der Lehre des Concursprozesses S. 505 gewiß richtig : „Durch ein moratorium an sich wird der Zinsenlauf nicht gehemmt, vielmehr nur die Beitreibung, weil das moratorium in Absicht der Forderungen selbst keine Veränderung hervorbringt.“

---

[3]) l. 14. D. de reg. juris : In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.

Die l. 23. D. de usuris (22, 1) bezieht sich nur auf die Rechtsvertheidigung vor Gericht und deren Verzögerung, hat also nur die Abwendung der Nachtheile in Bezug auf Rechtsverfolgung im Auge [4]) und spricht überdieß von einem zu leistenden factum, von dessen Vornahme der in der Person des Pflichtigen eintretende zufällige Verhinderungsgrund befreit, wodurch schon an und für sich der Begriff der mora ausgeschlossen wird.

Die l. 24. D. eod. spricht eher für das Gegentheil, da sie ausdrücklich zur Nichtannahme der mora fordert, daß juste ad judicium provocirt wurde.

Wir finden darum auch in l. 32. pr. D. de usuris, einer Hauptstelle für den Begriff der mora, die mit diesen Ansichten in Harmonie stehende unmodificirte Bestimmung: mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur. Daß die Römischen Juristen bei den feinen Unterscheidungen, welche sie in Feststellung der rechtlichen Begriffe, resp. in ihren Aussprüchen hierüber, und in Bezeichnungen deren Folgen überall machen, in den allegirten Stellen solche allgemeine unmodificirte Bestimmungen gegeben haben würden, wenn sie von der Ansicht ausgegangen wären, daß ein Versehen in der Erfüllung auf Seite des Verpflichteten eine Bedingung und Voraussetzung im Begriffe und zur Annahme der mora seye, läßt sich, wie bereits bemerkt worden, gewiß nicht annehmen. Wir können dieß aber um so weniger annehmen, als wir bei dieser Unterstellung mit anderen allgemeinen Grundsätzen des positiven wie des natürlichen Rechts in Widerspruch gerathen würden. Schömann vertheidigt den Satz, zur mora ist nicht erforderlich, daß der Leistungspflichtige dolose oder culpose die Erfüllung seiner Verbindlichkeit verzögert. Nach diesem — gewiß auch

---

[4]) Sed et si reipublicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur, sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit.

richtigen — Satze kommt es also nur wesentlich darauf an, ob die Verzögerung eine objectiv widerrechtliche war, d. h. darauf, ob der Pflichtige wirklich Schuldner war und ob er zu einer Zeit, wo er hätte präſtiren sollen, im Bewußtseyn seiner Schuldigkeit nicht präſtirt hat.

Wenn nun Schömann l. c. S. 20 weiter äußert: „Es ist der Vernunft und dem natürlichen Rechte, der Rechtsgleichheit entsprechend, daß jeder Theil die nachtheiligen Folgen des Mangels trägt und vergütet, der sich in seiner Person auf was immer für eine Weise, gleichwohl auch durch Zufall ereignet. Reiner Sachmangel zur Zeit der Erfüllung der Verbindlichkeit schadet aber demjenigen, der die Sache erhalten sollte rc., unbedingt trägt der Morose den Casus, und da der Beklagte post litem contestatam nicht unbedingt den Casus trägt, sondern nur dann, wenn er in mala fide ist (dieß ist allerdings ganz richtig), so ist damit erklärt und bewiesen, daß der Beklagte als solcher nicht in mora ist," so ist leicht einzusehen, daß in diesen Sätzen eine unvollständige Auffassung enthalten ist.

Wenn eine gerichtliche Interpellation den Beklagten an und für sich nicht, vielmehr nur durch den Hinzutritt der mala fides, d. h. der Erkenntniß, des Bewußtseyns seiner Verbindlichkeit in moram versetzen kann, so kann dieß natürlich noch weniger eine aussergerichtliche Interpellation, es kann dann überhaupt keine mora durch Interpellation an und für sich entstehen, vielmehr ist dann wesentliches Requisit jeder mora die mala fides des Pflichtigen. Das Raisonnement Schömann's ist in seinem allgemeinen Grundsatze richtig, die specielle Anwendung auf die Folgen der litis contestatio aber irrig, in so weit er den Beklagten in bona fide von allen Folgen der mora freigeben, also aus dem Satze, daß der Beklagte nach klarer Bestimmung der Gesetze nur dann auch die Folgen des Casus über sich nehmen muß, wenn er in mala fide ist, die Folgerung ziehen will, daß die Mittheilung der Klage an und für sich den Beklagten ohne mala fides in keiner Beziehung in moram versetze.

Es ist vielmehr klar, daß die Gesetze unter den verschiedenen Folgen der mora, namentlich bezüglich des casus einen Unterschied machen je nach der bona oder mala fides des Beklagten, und daß hierin eine tiefe Weisheit der römischen Juristen beruht, wo von nachher das Weitere.

Es ist ein allgemein selbst von denjenigen Rechtsgelehrten, welche zur Begründung der mora ein Versehen auf Seite des Zögernden erfordern, anerkannter Satz, daß die Mahnung da, wo die Schuld fällig und dem Schuldner ihrem Betrage nach erkennbar ist, falls sie nach Ort, Zeit und Umständen nicht in unpassender Weise erfolgte, den Schuldner in moram versetzt, so ferne die Schuld wirklich richtig steht oder durch den Richter dafür erkannt wird, ohne daß hierbei die Bedingung der Zahlungsmöglichkeit erwähnt, oder, was jedoch hätte geschehen sollen, das Erforderniß gestellt wäre, daß dem Schuldner auch das Erkenntniß seiner Schuld beiwohne, wenigstens genügende Gründe vorliegen, um ihn von seiner Schuld zu überzeugen. Warum soll nun derselbe Erfolg, der an die aussergerichtliche Interpellation geknüpft ist, nicht auch der gerichtlichen beigelegt werden? und warum soll während der durch die Mittheilung der Klage gerichtlich Gemahnte nur dann, wenn er in mala fide sich befindet, den casus, der sich in der zu leistenden speciellen Sache ereignet, tragen muß, nicht auch dasselbe bei dem aussergerichtlich Gemahnten eintreten? Leicht ist hier das entscheidende Verhältniß zu ersehen. Es liegt darin, daß eine mora im Allgemeinen ohne mala fides, d. h. das Bewußtseyn der Verpflichtung nicht angenommen werden kann, daß diese mala fides aber mit der Mittheilung der Klage fictionsweise von den Gesetzen, jedoch mit beschränktem Erfolge, angenommen wird. Hiervon aber wesentlich verschieden ist das Erforderniß eines Versehens in der Erfüllung.

Wenn Schömann mit Bezug auf l. 63. D. de regulis juris, — l. 24. D. de usuris, — l. 40. D. pr. de hered. petit. — S. 50. l. c. die Ansicht ausspricht, daß derjenige, der ad judicium provocirt, so lange er nicht in dolo dabei seye, immer juste

ad judicium provocire, so muß man ihm hierin beistimmen, jedoch mit der Modification, daß derjenige gleichfalls nicht juste ad judicium provocirt, welcher in einem nicht entschuldbaren Irrthum über die Existenz seiner Schuld versirt, und daß dieser Satz nur Anwendung leidet bis zur Klagenmittheilung, wo dann civiliter, jedoch, mit beschränkten Folgen, mala fides eintritt.

Die Hauptstelle, welche der Ansicht, daß mora culpa in der Erfüllung nicht voraussetzt, entgegen zu stehen scheint, ist die l. 5. D. de rebus creditis. Dort heißt es: Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat, sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

Allein es kann aus derselben bei richtiger Auffassung auch nicht das mindeste Argument gegen die zuvor ausgesprochene Ansicht entnommen werden. In dieser Stelle ist nämlich nur die Rede von der Uebernahme der Folgen des casuellen Untergangs einer speciellen Sache, denn sonst könnte darüber kein Zweifel seyn, ob der Promittent den Zufall zu tragen habe.

Der Jurist entscheidet nun: si per eum factum sit, quo minus mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Er erklärt sodann, was man unter dem Ausdrucke: si per eum factum sit, quo minus etc. zu verstehen habe, mit den Worten: animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. Es soll also nach den Vorschriften dieser Stelle geprüft werden, nicht nur ob der zu prästirende Gegenstand in der Gewalt, der Macht zu geben, des Promittenten zu der Zeit, wo er hätte überliefert werden sollen, war, sondern auch ob ein gerechter, genügender Grund vorhanden war, weßhalb der Promittent seine Verpflichtung zur Ueberlieferung des Gegenstan-

des hätte einsehen sollen. Diese Stelle handelt, wie bereits bemerkt, nur von Uebernahme der Folgen des casuellen Untergangs einer einzelnen Sache, und aus den Worten, wie dem ganzen Sinne und dem Zusammenhange ergiebt es sich, daß das in potestate fuerit sich auf den Mangel an die Sache betreffenden Hemmnissen und Mängeln, auf das Nichtvorhandenseyn von Hindernissen, die ausserhalb der Person des Verpflichteten liegen, bezieht. Durch diese Auslegung gelangt man überdieß in Harmonie mit den Bestimmungen der l. 137. §. 4. de verb. oblig., worin die causa difficultatis — das persönliche Unvermögen des Promittenten, beruhe es nun in dem Mangel an Zahlungsmitteln, oder darin, daß der dritte Eigenthümer eines von dem Promittenten versprochenen Sclaven dessen Abtretung verweigert, also in von seinem Willen und Vermögen unabhängigen Hemmnissen, welche ihm gegenüber in die Klasse der zufälligen gehören, ad incommodum promissoris gehöre.

Für die Ansicht, daß zur Begründung der mora keineswegs ein Versehen in der Erfüllung erfordert wird, ergeben sich noch weiter aus folgenden Stellen Argumente:

Die l. 10. C. de act. empti bestimmt: Cum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex empto actione eum, quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes.

Auch dieß Gesetz knüpft ganz allgemein an die Nichterfüllung zur gehörigen Zeit die Pflicht des Schadensersatzes ohne Unterscheidung, ob der pflichtige Verklagte aus Nachlässigkeit oder aus in seiner Person eingetretenen Verhinderungen den Vertrag nicht erfüllte. Es erfordert aber in den Worten: „fide conventionis rupta“ mala fides bezüglich des Bewußtseyns der Verbindlichkeit.

Im Allgemeinen muß ich hier noch die Bemerkung beifügen, daß aus denjenigen Stellen, in welchen eine mora unterstellt und von deren Folgen gehandelt wird, an das Eingetretenseyn der

mora gewisse nachtheilige Folgen geknüpft sind, keine Gründe weder für noch gegen die hier berührte streitige Frage entnommen werden können, indem in diesen Stellen mora in ihrer rechtlichen Voraussetzung unterstellt ist, und aus denselben darum keine Argumente für die Bedingungen und Voraussetzungen für den Eintritt der mora entlehnt werden können, da die Verfasser dieser Stellen es sich nicht zur Aufgabe gestellt hatten, die Bedingungen des Eintritts der mora in jenen Stellen zu bezeichnen und sie darum keine Veranlassung hatten, so oft sie von mora und deren Folgen im concreten Falle reden, sich auch jedesmal vollständig über die Bedingungen des Eintritts der mora zu äußern, es ihnen vielmehr für ihren Zweck genügte, der vorhandenen mora nur zu erwähnen.

Wichtig für die Beurtheilung der vorliegenden Frage ist die Bedeutung der so häufig in den in diese Materie einschlagenden Gesetzen vorkommenden Ausdrücke: „si per promissorem stetit," „si per promissorem factum est," ob man ihnen nämlich, wie Schömann, die Bedeutung eines jeden in der Person des Promittenten eingetretenen, wenn auch unverschuldeten Verhinderungsgrundes unterlegt, oder ob man, wie von Schröter in der allegirten Abhandlung über: dies interpellat pro homine geschehen, diesen Ausdrücken den Begriff einer verschuldeten Nichterfüllung unterstellt. v. Schröter sagt l. c., mora ist nur bei culposer Verzögerung der Erfüllung vorhanden, die Nichterfüllung muß lediglich am Schuldner liegen, deßhalb sind per promissorem stat und mora gleichbedeutend.

Auch hier trete ich den Ansichten Schömann's bei.

In der Sprache der Classiker ist der Ausdruck: si per te stetit, si per te factum est, gleichbedeutend mit: „wenn es an dir gelegen ist," „wenn die Ursache an dir gelegen ist." Auf den Begriff der subjectiven Verschuldung sind diese Ausdrücke nach den Regeln der Sprache an und für sich nicht beschränkt, sie deuten vielmehr auf den allgemeinen Begriff des Verhindertseyns hin und wir können darum auch nicht anders annehmen, als daß die römischen

Juristen diese Ausdrücke in dem allgemeinen Sprachgebrauche genommen haben, und daß sie, hätten sie damit ausschließend einen engeren Sinn, den der subjectiven Verschuldung, verbinden wollen, sich deßhalb sorgfältiger ausgedrückt hätten.

Wenn ich die vielen Stellen durchgehe, in welchen diese Ausdrücke vorkommen, so kann ich zu keiner anderen Ansicht gelangen.

v. Schröter sagt l. c. S. 143 : „Die culpa des Schuldners entsteht lediglich dadurch, daß er nach der Fälligkeit zur Zahlung aufgefordert, ohne rechtlichen Weigerungs- oder Entschuldigungsgrund nicht zahlt."

Dürfen nun aber zu den rechtlichen Entschuldigungsgründen auch die in der Person des Schuldners sich ereignenden zufälligen Hemmnisse und Verhinderungsgründe gerechnet werden? Diese Frage muß nach den schon oben dargelegten Gründen und nach l. 137. §. 4. de verb. oblig. verneint werden.

In zwei Gesetzen deuten die Juristen an, was sie unter dem Ausdrucke per te factum est, per te statit, verstehen, jedoch mit Bezug auf die vorgelegten speciellen Fälle, eben darum kann aber aus diesen Andeutungen keineswegs eine bestimmte allgemein geltende Ansicht des Juristen gefolgert werden, um so weniger, als die schuldvolle Verzögerung jedenfalls auch unter die Bedeutung jenes Ausdrucks fällt.

Diese beiden Stellen l. 3. D. de rebus cred. und l. 23. D. de verb. oblig. haben den casuellen Untergang einer zu leistenden speciellen Sache vor Augen und erörtern die Frage, wer den Schaden zu tragen habe. In der ersteren Stelle heißt es nun : sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. Der Jurist erfordert hier, daß die Sache in des Leistungspflichtigen Gewalt — Dispositionsbefugniß — stand, und daß er rücksichtlich der Existenz seiner Verbindlichkeit in mala fide war, um annehmen zu können, »quod per eum factum sit.« Da das

in potestate id fuerit sich nur auf das Nichtvorhandenseyn eines Sachmangels, die Sache betreffenden Hemmnisses, bezieht, so ist aus diesem Gesetze eher zu abstrahiren, daß ein in der Person des Pflichtigen sich ereignendes Hemmniß nicht der Annahme quod per eum factum sit entgegensteht, weil der Jurist nur des Sachmangels als der Annahme quod per eum factum sit entgegenstehend, erwähnt.

In der l. 23. D. de verb. oblig. heißt es: si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus teneris mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares, quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

In dieser Stelle ist angenommen, daß es per debitorem stetit, si interpellatus non dedit, diese Bestimmung ist allgemein, es ist nicht beigefügt, wenn er culpose nicht geleistet hat und die Stelle spricht also in dieser Hinsicht mehr für die Ansicht, daß das per debitorem stetit jede in der Person des Pflichtigen beruhende Ursache in sich schließt. Daß jedoch dem Leistungspflichtigen hier die Folgen des zufälligen Untergangs der zu prästirenden Sache überwiesen sind, daraus kann man nicht darauf schließen, daß der Jurist im Allgemeinen hier mit dem Ausdrucke: per te stetit die Ansicht einer schuldvollen Nichterfüllung verknüpft habe, sondern es ergiebt sich aus der Stelle, aus dem Grunde der Verpflichtung, daß der Jurist in derselben eine dem Schuldner bekannte unzweifelhafte Schuld unterstellte, hinsichtlich deren der Schuldner durch die Interpellation in veram malam fidem versetzt wurde, worin dann der specielle Grund der Verbindlichkeit zum Ersatze des casuellen Untergangs gesetzt wird. Der Jurist knüpft diese Ersatzpflicht lediglich an die Nichterfüllung nach erfolgter Mahnung einer dem Pflichtigen bekannten Verbindlichkeit, die etwaigen casuellen Verhinderungsgründe in der Person des Pflichtigen sind nicht berücksichtigt und darum ihrer gar nicht gedacht.

Aus den vielen Stellen, in welchen sich dieser Ausdruck: si

per te, per promissorem stetit, findet, lassen sich zur Begründung der Ansicht, daß die Ausdrücke per eum stetit, per eum factum est, quo minus traderetur, dedit etc. nur eine schuldvolle Veranlassung der Nichterfüllung andeuteten, meines Erachtens keine genügenden Gründe entnehmen, wenn gleich in einigen Stellen dieser Ausdruck zur Andeutung einer schuldvollen Nichterfüllung, welche er allerdings mit umfaßt, gebraucht ist, wie in l. 5. pr. D. de condict. causa data causa non secata und in l. 1. §. 13. D. de extraord. cognit., wo mit Bezug auf casuelle Verhinderungen des Promittenten gesagt ist: quia per eum non stetit.

Wenn die l. 23. D. de const. pec. (13, 5) disponirt: promissor hominis homine mortuo cum per eum staret, quo minus traderetur, etsi hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, ut pretium ejus solvat, so kann sie in der berührten Beziehung kein Argument abgeben, weil der promissor hominis jedenfalls im Bewußtseyn seiner Schuld war, und also, sobald die Ursache der Nichtüberlieferung an ihm gelegen war, gleichviel ob in Zufall oder Schuld, bei seiner mora in mala fide sich befand, deßhalb die Folgen des Zufalls zu prästiren hatte. Aus dieser Stelle kann also für die Bedeutung des Ausdrucks: »per eum staret« die Folge nicht gezogen werden, daß es ein schuldvolles Verzögern bedeute, weil man sonst das, was erst bewiesen werden soll, als bewiesen unterstellen müßte, nämlich daß zur mora eine culpose Zögerung erfordert werde.

Die l. 21. §. 3. D. de act. emti vend., worüber schon so viel geschrieben ist, überweist in den Worten: cum per venditorem steterit, quo minus rem traderetur, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit etc. dem Verkäufer si per eum stetit, quo minus traderetur, das Interesse des gesteigerten Werths. Allein es kann daraus kein Schluß gezogen werden, daß der Ausdruck si per venditorem steterit eine culpose Verzögerung, am wenigsten aber, daß er allgemein nur eine culpose Verzögerung andeute, da

der Verkäufer hier im Bewußtseyn seiner Verbindlichkeit und folglich in mala fide war.

Von der l. 114. D. de verb. oblig.: Si fundum certo die praestare stipuler et per promissorem steterit, quo minus eo die praestetur, consequuturum me quanti mea intersit moram factam non esse gilt dasselbe, was von l. 21. §. 3. de act. emti vend. gesagt ist, indem auch hier der Promittent nicht in einem entschuldbaren Irrthum über die Existenz seiner Verbindlichkeit seyn konnte, und eben so ist die Disposition der l. 49. ibid. aufzufassen: cum filiusfamilias Stichum dari spoponderit, et cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio quaetenus maneret filius ex stipulatu obligatus.

Für die Ansicht, daß der Ausdruck: si per te, per debitorem stetit, jede und nicht blos schuldvolle Nichterfüllung, jede Verhinderung in der Person des Pflichtigen, oder überhaupt desjenigen, von dessen Unterlassung die Rede ist, bedeutet, ergeben sich sehr entscheidende Argumente aus l. 38. D. Loc. Cond., ferner aus l. 9. C. de usuris (IV, 32) und l. 19. C. ibid.

Das erste Gesetz sagt: qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Da nach klarer Bestimmung der Gesetze der Locator operarum den versprochenen Lohn nicht fordern kann, wenn er durch einen in seiner Person sich ereigneten Zufall an Leistung der Dienste gehindert ist, so kann das „si per eum non stetit" hier nicht blos auf schuldvolle Nichtleistung bezogen werden, es muß vielmehr auch die casuelle Verhinderung umfassen, und hat mit Nothwendigkeit die Bedeutung: wenn es überhaupt nicht an deiner Person gelegen ist.

In der zweiten Stelle heißt es: si per te non stat, quo minus intra tempora praefinita pecuniam minorum solveres, sed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud judicem probaveris, ejus temporis quo per te non stetisse apparuerit, usurae majores non exigentur.

Die l. 19. ibid. lautet: acceptum mutuo sortem cum usuris licitis creditoribus post contestationem offeras, ac si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et jus pignorum tolletur, cum Serviana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quo minus solvantur.

Mit Grund wird es nicht bezweifelt werden, daß wenn der Gläubiger durch ein ihn betroffenes zufälliges Hinderniß gehemmt wird, die offerirte Zahlung anzunehmen, alsdann der Schuldner von den Folgen der Zögerung befreit bleibt resp. durch hinzukommende gerichtliche Deposition von den bereits laufenden Zinsen entbunden wird, je nachdem die mora durch Interpellation oder ex re entstanden war, daß also der Zinsenlauf ex mora sistirt wird, und die mora nebst Gefahr auf den Gläubiger übergeht. Deutlich ist dieß ausgesprochen in l. 23. §. 1. de receptis (IV, 8), wo der Schuldner, der zur bestimmten Zeit nicht Zahlung geleistet hat, weil der Gläubiger durch Krankheit oder eine andere gerechte Ursache die Zahlung anzunehmen verhindert war, von den Nachtheilen der Nichterfüllung freigesprochen ist, und woran sich dann mit Nothwendigkeit von selbst die Folge knüpft, daß die Folgen der eingetretenen Zögerung den Gläubiger treffen, weil die bereits eingetretenen Folgen jedenfalls einer von beiden übernehmen muß; ferner in l. 8. D. de lege commiss., wo der Schuldner von den Nachtheilen der Nichterfüllung entbunden ist, weil er zur bestimmten Zeit zahlen wollte, die Gläubigerin aber abwesend war, und am folgenden Tage Arrest auf die Forderung gelegt wurde, so wie in l. 9. §. 1. de usuris et fructibus (22, 1): Si tamen post mortem creditoris nemo fuit cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit.

Wenn nun in den allegirten l. 9. und 19. C. de usuris der Schuldner von den Nachtheilen der Zögerung freigesprochen ist,

quia non per eum sed per creditorem stetit, quo minus solvatur, so kann das per creditorem stetit nicht blos auf culpose Verhinderungen des Gläubigers beschränkt seyn, und es muß daher auch vom Schuldner bei diesem allgemeinen Gegensatze angenommen werden, daß es per eum non stetit, sobald der Grund der Verhinderung in dem Gläubiger lag, daß es dagegen auch per debitorem stetit, sobald die Ursache nicht am Gläubiger lag.

Gerade diese absoluten Gegensätze und Entgegenstellung stellt auch den Begriff des „per eum stetit" fest und ganz allgemein gleichbedeutend mit jedem persönlichen Verhindertseyn.

Auch Glück im Commentar Bd. 4. S. 421. Note 70 erkennt dieß bezüglich des Gläubigers an, indem er sich dort äussert: die Zögerung soll nur dem zum Nachtheil gereichen, welcher daran schuld ist, hätte nun der Gläubiger die offerirte Schuld gebührend angenommen, welche auszuschlagen er keine Ursache hatte, so würde der Debitor auch von seiner Verbindlichkeit in Ansehung der Zinsen frei gewesen seyn. Mühlenbruch in dem Lehrbuche des Pandektenrechts 2te Aufl. §. 356 äussert sich zwar dahin, daß der creditor nicht in mora seye, wenn ihm keine Schuld bei der Verzögerung zur Last falle, allein die Gesetze, auf welche er sich beruft, beweisen diesen Satz nicht, die l. 17. §. 3. D. de usuris. l. 9. §. 1. ibid. sprechen gegen seine Ansicht, die l. 23. ibid. spricht nicht vom Gläubiger und überhaupt nur von gerichtlicher Vertheidigung, l. 21. ibid. relevirt nichts und erwähnt nur gerechter Ursachen der Zögerung, die l. 2. §. 1—4. D. si quis caut. in jud. sisti (2, 11) redet von dem Falle, wo jemand vor Gericht zu erscheinen versprochen hatte, und durch unüberwindliche Hindernisse vom Erscheinen abgehalten wird, und verordnet, daß ihm daraus kein Nachtheil bezüglich der Rechtsvertheidigung erwachsen soll. Diese Stelle paßt also gar nicht hierher, zumal hier von einer rein persönlichen bestimmten Handlung die Rede ist, von deren Vornahme der Zufall befreit und wo also von mora keine Rede seyn kann, die nachgeholt werden darf.

Wenn man endlich erwägt, daß die scharfsinnigen römischen Juristen in den vielen Stellen, wo sie von der Begründung der mora sprechen, und des Ausdrucks „si per eum stetit" sich bedienen, nie der culpa als eines Erfordernisses erwähnen, und wenn man ferner berücksichtigt, daß nach den Grundsätzen des römischen Rechts jede wissentliche, widerrechtliche, angriffsweise erfolgende Verwendung fremden Geldes in seinen Nutzen lediglich deßwegen, weil der Verwendende fremdes Geld unbefugt in seinem Genusse hat, die Pflicht der Vergütung der allgemein üblichen Zinsen erzeugt, wovon später das Weitere, und es darum auch die Consequenz erfordert, daß derjenige, welcher fremdes Geld länger, als es ihm erlaubt, folglich unbefugt, in seinem Nutzen behält und es dadurch dem Gläubiger gegen seinen Willen entzieht, eben so und mit demselben Rechtsgrunde Zinsen entrichten muß, indem zwischen demjenigen, der ohne Erlaubniß unbefugt, jedoch mit der Absicht des Ersatzes, fremdes Geld in seinen Nutzen verwendet, und demjenigen, welcher es zwar von vornher vom Gläubiger empfängt, solches demselben aber im Bewußtseyn seiner Schuld nicht auf sein Verlangen zurückzahlt, vom Rechtsgesichtspunkte aus betrachtet bezüglich der zu leistenden Vergütung durchaus kein Unterschied besteht, so kann man die Ansicht, als werde zur mora debitoris eine culpa erfordert, unmöglich in Schutz nehmen.

Keinem Gesetzgeber wird es in den Sinn kommen, denjenigen, welcher, durch Unglücksfälle genöthigt, in seinen Händen befindliches fremdes Geld in seinen Nutzen verwendet, aus diesem Grunde von der Verbindlichkeit des Ersatzes von Zinsen freizugeben, eben so wenig aber darf derjenige hiervon freigesprochen werden, welcher fremdes, mit Bewilligung des Eigenthümers in seinen Nutzen verwendetes Geld diesem wegen in seiner Person sich zugetragener Unglücksfälle auf dessen Verlangen nicht zurückbezahlt und folglich mit dessen Schaden einen Gewinn ziehen würde. Unmöglich kann man den römischen Juristen eine solche Ansicht und Inconsequenz zutrauen, die mit dem aus l. 206. D.

de Reg. Juris zu entnehmenden Grundsatze des römischen Rechts: Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem im offenbarsten Widerspruche stehen würde. Daß derjenige, welcher nach Ablauf der Zeit, auf welche ihm der Gebrauch einer Sache von dem Eigenthümer verstattet ist, solche gegen den Willen des Eigenthümers demselben vorenthält, nach Ansicht der Gesetze demjenigen gleichsteht, welcher sich solchen von vornherein widerrechtlich zueignet, ergiebt sich daraus, daß gegen denjenigen Pächter, welcher nach geendigter Pachtzeit die gepachtete Sache dem Eigenthümer auf Verlangen nicht zurückgiebt, das interdictum de vi und die Spolienklage für zulässig erklärt ist. *)

Jede Handlung, zu deren Vornahme man nicht bestimmt berechtigt, und jede Unterlassung einer Handlung, wozu man verbunden ist, enthält, wie von Löhr in seiner Theorie der culpa Seite 41 äussert, mit Nothwendigkeit einen Eingriff in fremde Rechte. v. Löhr bemerkt sodann S. 177: Die mora gehört gewissermaßen zur culpa, sie entsteht durch jede widerrechtliche Verzögerung der Erfüllung einer obligatio von Seiten des debitor, durch widerrechtliche Verweigerung der Annahme von Seiten des creditor. Nach diesen Aeusserungen scheint es, daß auch dieser Rechtsgelehrte nur eine objectivwiderrechtliche Zögerung zur Begründung der mora erfordert. Zu dieser Ansicht gelangt man um so mehr, wenn man dessen Aeusserungen S. 180 l. c. berücksichtigt, wo er bemerkt: die mora entsteht durch unbegründete Weigerung zu der durch Vertrag oder Mahnen bestimmten Zeit zu zahlen, und zwar unter Bezug auf l. 5. D. de rebus creditis, und wo er in Note 1 unter den gegründeten Ursachen der Zögerung nicht die durch Zufall entstandene Zahlungsunvermögendheit, überhaupt nicht Mangel an Verschuldung erwähnt, im Gegentheil S. 185 sich weiter dahin äussert: die einmal ent-

---

*) Glück Commentar Bd. 17. S. 500. — l. 12. 18. pr. D. de vi.

standene mora hört durch die Bereitwilligkeit des Morosen, seiner Verbindlichkeit gehörig Genüge zu thun, wieder auf, weigert in diesem Falle der creditor die Annahme (von culposer Weigerung ist hier nichts erwähnt), so kömmt er in mora. Auch sagt die l. 17. D. de periculo et commodo rei venditae ohne Erwähnung des Erfordernisses einer culpa : si interpellavero venditorem et non dederit id, quod emeram, deinde, posteriore offerente illo ego non acceperim, sane hoc casu nocere mihi deberet.

In den gesetzlichen Bestimmungen über Prästation des durch positive Handlungen verursachten Schadens heißt es zwar : legi aquiliae haud obnoxius est qui ex casu fortuito occidit, und es verfällt nur derjenige der Verbindlichkeit des Schadensersatzes nach den Vorschriften der lex aquilia, welcher durch eine dolose oder culpose Handlung Schaden erzeugte.

Allein es ist leicht einzusehen, daß diese den Anforderungen der Rechtsphilosophie entsprechende Bestimmung nicht auf die Beschädigungen durch Unterlassung pflichtmäßiger Thätigkeit übertragen werden kann, und daß die Verbindlichkeit des Schadensersatzes aus positiven verletzenden Handlungen in diesem Betreffe nicht nach gleichen Grundsätzen mit der aus pflichtwidrigen Unterlassungen abgeleitet werdenden beurtheilt werden kann.

Eine positive Handlung, welche entweder nicht aus der freien Selbstbestimmung des Menschen hervorging, oder deren verletzenden Erfolg er bei seinem Entschlusse zum Handeln bei der höchsten Vorsicht nicht voraussehen oder verhüten konnte, kann ihm nicht zur Schuld zugerechnet, er kann also auch nicht für deren Erfolg verantwortlich gemacht werden, es besteht sonach kein Anspruch an ihn, es ist ein Zufall, der die Person des Verletzten trifft. Anders aber ist es da, wo eine Person mit einer Verpflichtung belastet ist und von derselben so wie von ihren Folgen entlastet werden soll. Trifft hier ihn, den Verpflichteten, ein Zufall, der ihn an der Erfüllung seiner Obliegenheit hindert; so besteht seine Verpflichtung fort, denn das seiner Verpflichtung correspondirende Recht des Berechtigten mit allen daran sich

knüpfenden Folgen ist unabhängig von dem, was sich nach seinem Bestehen in der Person des Verpflichteten ereignet, der in der Person des Verpflichteten sich ereignende Zufall berührt die Person des Letzteren und kann darum auch nur diesem Nachtheil bringen, weil er die Entlassung von seiner Verbindlichkeit nicht erwirken konnte. Wenn dem Rechte des Berechtigten nicht genügt wird, so kann und darf es für sein Recht in allen an die Nichtgewährung desselben sich knüpfenden Folgen keinen Unterschied erzeugen, aus welchen Gründen der Verpflichtete ihm nicht genügt hat, ob aus Absicht, Nachlässigkeit oder zufälliger Verhinderung, denn der Zufall hat nicht ihn und nicht sein Recht betroffen, sondern den Verpflichteten und dessen Vorhaben, sich von einer auf ihm lastenden Verbindlichkeit und deren gesetzlichen Folgen zu befreien.

Ganz deutlich deuten die oben allegirten Gesetze l. 1. §. 4. D. de obl. et action. — l. 11. C. si certum petatur (4, 2) diese Grundsätze an, wenn sie sagen: et ille quidem, qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet, und incendium aere alieno non exuit debitorem, eben so wie die l. 137. §. 4. D. de verb. oblig.: quid ergo si neque domi habeat (pecuniam), neque inveniat creditorem, sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi, et generaliter caussa difficultatis (Noth, Mangel) ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet etc.

Daß diese Grundsätze, was die Folgen der mora betrifft, nicht bezogen werden können auf die Fälle, wo die Leistung einer bestimmten, mit demselben Erfolge nicht mehr nachgeholt werden könnenden Handlung, oder die Prästation einer speciellen Sache, oder einer Sache aus einem speciell bezeichneten und begränzten genus den Gegenstand der Obligation ausmacht, und der Verpflichtete im ersten Falle durch einen seine Person, in den andern Fällen aber die specielle Sache oder das bestimmt bezeichnete ganze genus betroffenen Zufall an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert wird, ist schon

oben angedeutet worden, und folgt aus den Bestimmungen über Casus.

In dem bisher Ausgeführten habe ich die Behauptung zu rechtfertigen gesucht, daß zum rechtlichen Begriffe der mora ein zurechenbares Versehen in der Erfüllung auf Seite des Leistungspflichtigen nicht erforderlich ist, und zwar in speciellem Bezuge auf die Pflicht zur Entrichtung von Verzugszinsen, daß also die Verbindlichkeit des Ersatzes von Verzugszinsen lediglich durch die objectiv rechtswidrige Zögerung in der Zahlung resp. Leistung von Seiten des mit seiner Verbindlichkeit bekannten Schuldners begründet wird.

Verzugszinsen vertreten, wie Glück im Commentar Bd. 4. S. 435 Note 14 sehr richtig sagt, die Stelle des Interesse, oder richtiger gesagt das Interesse extra rem, den Schaden, den der Berechtigte ausser dem Verluste am Gemeinwerthe der zu prästirenden Sache selbst leidet, und zwar gehören sie dem lucrum cessans an, denn sie werden gegeben für den Nutzen, welchen der Berechtigte nach gesetzlicher Ansicht aus dem Gegenstande der Verbindlichkeit, wäre er dem Berechtigten zur gehörigen Zeit prästirt worden, würde gezogen haben.

Was in dieser Hinsicht bei fungibelen Sachen die Zinsen sind, das sind bei nicht fungibelen fruchtbringenden Sachen die Früchte, d. h. die zu percipirenden Früchte, denn die l. 34. D. de usuris sagt ausdrücklich: usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus seperari.

Von selbst ist daher in der vorstehenden Ausführung ausgesprochen, daß unter denselben Voraussetzungen, unter welchen Verzugszinsen entrichtet werden müssen, bei fruchttragenden Gegenständen auch die zu percipirenden Früchte ersetzt werden müssen, jedoch nach klarer Vorschrift der Gesetze in dem Falle, wo der Leistungspflichtige nicht in mala fide rücksichtlich der Eigenschaft der Sache als einer ihm nicht zugehörigen war, nur die Früchte, welche er hätte gewinnen können. Sobald man einmal annimmt, daß der Leistungspflichtige mit dem Eintritte der mora Zinsen des

Verzugs geben muß, so muß man auch annehmen, daß er bei der mora in Prästation fruchttragender Sachen dem Berechtigten den Gewinn ersetzen muß, welchen derselbe an Früchten gemacht haben würde, falls ihm die Sache zur gehörigen Zeit wäre überliefert worden, und es ist nur eine auf sehr guten Gründen beruhende schonende Rücksicht, welche die Gesetze dahin bei dem gutgläubigen, nur nach gesetzlicher Fiction in mala fide sich befindenden Schuldner nehmen, daß sie ihn nur zur Erstattung derjenigen Früchte für verbunden erklären, welche er bei Anwendung des höchsten Fleißes hätte erzielen können.

In l. 17. §. 1. D. de rei vind. heißt es darum auch: Idem Julianus eodem libro scripsit, si moram fecerit in homine reddendo possessor, non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandum und in l. 3. pr. de usuris : cæterum si antequam ad judicem pervenietur, in mora heres fuit, exinde fructuum praestandorum necessitate adstrictus etc. Daß unter diesen Früchten die percipiendi mit begriffen sind, ergiebt sich aus dem Ausdrucke : praestabit, und ist schon von der Glosse anerkannt.

Von dem Momente der litis contestatio an ist dieser Satz ohnehin ganz deutlich in den Gesetzen ausgesprochen, wie nachher noch wird näher dargelegt werden, allein es ist klar, daß man ihn auch auf jede mora vor der Angehung des Richters beziehen und anwenden muß, sobald man nicht — was aber ganz unmöglich ist — die Verbindlichkeit der Zahlung der Verzugszinsen, wo sie von der besonderen Interpellation abhängen, an die gerichtliche Interpellation knüpfen will.

Wenn nach klarer Bestimmung der l. ult. D. de pericul. et commodo etc. der Käufer vom Momente des Verzugs an Zinsen von seinem Kaufpreise zahlen muß, so versteht sich's wohl von selbst, daß auch der Käufer im Falle des Verzugs von dessen Eintritt an die zu percipirenden Früchte erstatten muß. Die Gesetze beschränken dies freilich bei persönlichen Klagen auf Erlangung einer dem Berechtigten zuvor noch nicht eigenthüm-

lichen Sache dahin, daß er die Früchte erst vom Momente der Litis Contestatio fordern darf, und es bleibt deßhalb dem Berechtigten, wenn er sich nicht mit der Sache selbst begnügen will, nichts übrig, als statt der Sache den Werth mit Verzugszinsen zu fordern. Dagegen aber werden demjenigen, der eine ihm zuvor zugehörig gewesene Sache mit einer Contracts- oder dinglichen Klage zurückfordert, die Früchte selbst und zwar auch von der der Klagemittheilung vorangegangenen Zeit zugesprochen.

Die l. 38. D. 8. 7. de usuris sagt: Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu — das veluti ex stipulatu ist hier nur beispielsweise zu nehmen, das wesentlich liegt in den Worten: quod meum non fuit — fructus non consequar etiam si mora sit facta. Quodsi acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post judicium acceptum praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici in Verbindung mit §. 10. ibid: si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus? Et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, und l. 1. §. 23. 24. Depositi.*) — l. 38. §. 1. D. de usuris: Et quidem si fundus ob rem datus sit veluti dotis causa, et renunciata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt eo tempore quod sperabatur adfinitas, sed et posteriores si in re mora fuit ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. Sed et si per mulierem stetit quominus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere, ratio autem haec est, quod si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei negligere fundum. Die posteriores fructus können wohl nur fructus percipiendi seyn, weil sonst dieser Zusatz überflüssig seyn würde, und weil darauf auch der Zusatz am Schlusse hindeutet, das Wort

---

*) Vgl. auch Schömann l. c. Bd. II. S. 129.

convenire aber auf eine gerichtliche Interpellation zu beziehen, dazu mangeln Gründe, zumal der Ausdruck si in re mora fuit ganz allgemein ist.

Auch folgt schon aus dem Gegensatze aus l. 38. §. 7. de usuris, daß in den Fällen, wo Jemand eine zuvor ihm gehörig gewesene Sache verlangt, ihm die Früchte ersetzt werden müssen.

Verzugszinsen und Früchte bilden nur einen Theil des lucrum cessans extra rem ipsam, das gesammte Interesse extra rem umfaßt noch ein Mehreres. Die Frage: wann sich an die mora und unter welchen Umständen die Verbindlichkeit des Ersatzes dieses weiteren Interesse ausser dem Verluste am Werthe der Sache, und ausser den Früchten und Zinsen knüpft, ist in ihrem rechtlichen Principe äusserst schwierig und wird bei der Mannichfaltigkeit und Menge der einzelnen Stellen, welche einzelne Fälle behandeln und entscheiden, ohne die leitenden Gesichtspunkte und Grundsätze selbst anzugeben, nach welchen sie entschieden haben, auch nicht leicht vollständig und über begründete Zweifel erhaben gelöst werden. Schömann l. c. hat sich weitläufig über diese Frage verbreitet. Näher in diese eben so schwierige als wichtige Materie einzugehen, liegt ausser dem Zwecke dieser Abhandlung. Nur einige hierin bezügliche Andeutungen füge ich bei, indem sie auf das Thema dieser Abhandlung mittelbar Bezug haben.

Es erhellt deutlich aus den Gesetzen, daß die römischen Juristen bei Beurtheilung der Folgen der rechtswidrigen Unterlassung von Handlungen, zu deren Vornahme Jemand verpflichtet war, zwischen Erstattung der Verzugszinsen resp. Früchte und zwischen Erstattung des sonstigen lucrum cessans extra rem einen Unterschied machen, daß Verzugszinsen bei jeder mora immer ohne alle Unterscheidung gegeben werden müssen, das sonstige lucrum extra rem aber nicht immer, vielmehr nur unter Hinzutritt besonderer Umstände oder Eigenschaften der geforderten Sache. Verzugszinsen und Ersatz der Früchte werden hiernach von den Gesetzen als allgemein gerechter Ersatz für einen objectiv unbe-

fugten Genuß fremden Eigenthums, als Ersatz für einen Gewinn angesehen, von welchem die Gesetze annehmen, der Berechtigte würde ihn in der Regel gemacht haben, falls er die Sache in Besitz gehabt hätte.

Der Reichsabschied von 1600 §. sagt: „der Vermuthung halber, daß der creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten fünf vom Hundert wohl haben möge."

Die l. 32. §. 2. D. de usuris sagt: In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. l. 17. §. 3. sagt: usurae non propter lucrum petentium sed propter moram solventium infligantur, und in l. ult. D. de periculo et commodo rei vend. heißt es: Venditori, si emptor in pretio solvendo moram fecit, usuras duntaxat, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quærere potuit. Dagegen ist in l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco bestimmt, daß derjenige, welcher pecuniam trajecticiam nicht zur gehörigen Zeit ablieferte, omne quod intersit ultra legitimum modum usurarum vergüten solle, auch den Gewinn, den der Gläubiger mit durch das Geld anzuschaffenden Waaren hätte machen können, und eben so in l. 1. §. 23. 24. Dep. den Kläger berechtigt erklärt, ausser den Früchten der Sache omnis causa zu fordern.

Glück im Commentar Bd. 4. S. 412, Thibaut im System des Pandektenrechts 5te Aufl. §. 103 und Mühlenbruch im Lehrbuche des Pandektenrechts 2te Aufl. §. 357 sagen, ohne Einschränkungen beizufügen: der Verzug des Schuldners hat zur Folge die Verpflichtung, wenigstens in bonae fidei negotiis, Zinsen, Früchte und alles Interesse zu prästiren, nur mit dem Beifügen, daß nur der Schaden zu ersetzen seye, welcher eine gewisse und nothwendige Folge der widerrechtlichen Handlung des Säumigen ist, nicht aber einen Gewinn, welcher blos möglich war — vgl. Thibaut l. c. §. 275, Glück Bd. 4. S. 446 —; aus

obigen Darstellungen aber ist zu ersehen, mit welchen Modificationen diese Sätze jedenfalls zu nehmen sind.

Die hier vertheidigte Ansicht, daß zur Begründung der mora culpa auf Seite des Zögernden in der Erfüllung nicht erforderlich ist, findet überdieß eine Unterstützung und Bestätigung in den gesetzlichen Bestimmungen über die Entstehung der unmittelbar gesetzlichen Zinsen, über Prästation der Folgen des Zufalls, sowie über die Folgen der Litiscontestation und der Klagemittheilung an den Beklagten.

Wenn man von speciellen, aus der besonderen Willensbestimmung des Pflichtigen hervorgegangenen Verpflichtungsgründen absieht, und selbst bei diesen, so beruht der wahre Grund der Zinsenentrichtungspflicht darin, daß der Pflichtige den Gebrauch einer ihm nicht gehörigen Quantität fungibler Sachen gehabt hat; wenigstens ihm möglich war, oder daß der Pflichtige den Eigenthümer widerrechtlich in dem Gebrauche derselben gehemmt hat, für den gehabten oder entzogenen Genuß werden also die Zinsen entrichtet. Schon nach diesem eigentlichen und wahren Grunde der Entrichtungspflicht kann es in dem Falle des gehabten Genusses auf die Motive und Verhältnisse, durch welche dieser Genuß herbeigeführt wurde, gar nicht ankommen, weil die Zinsen nur eine Vergütung für das Gehabte sind, dem Pflichtigen aber derselbe Nutzen gewährt wird, er mag aus Arglist, Schuld oder Zufall das Geld in seinem Nutzen haben. Da, wo die Pflicht **lediglich** aus widerrechtlicher Hemmung des Gebrauchs entspringt, müssen freilich die Bedingungen der Zurechnung der widerrechtlichen Handlung vorliegen, weil hier der Ersatz die Natur der Strafe hat, während in dem Falle des zugleich gehabten Genusses die prävalirende Eigenschaft der Zinsen die einer Vergeltung ist.

Daß die römischen Gesetze von dieser Ansicht ausgehen, scheint mir deutlich aus denselben hervorzugehen.

Sie zählen nämlich zu den unmittelbar gesetzlichen Entste-

hungsgründen der Zinsenentrichtungspflicht unbefugte Verwendung fremder Gelder zu eignem Nutzen.[7] In Folge dieses Grundsatzes müssen der socius, Depositar Mandatar, jeder andere Geschäftsführer oder Verwalter öffentlicher oder Privatgelder, der Vormund das in eignen Nutzen verwendete gemeinschaftliche oder fremde Geld verzinsen.

Der in den betreffenden Gesetzen angeführte Grund ist rein objectiv und völlig unabhängig von den verschiedenen, in der Person des Pflichtigen beruhenden Bestimmungsgründen, er beruht in der Verwendung in seinen Nutzen, in dem Gebrauche, und die Gesetzgeber sind hierbei von der allein richtigen Ansicht ausgegangen. Wer fremdes Geld in seinen Gebrauch nimmt, zieht von vorn herein hieraus irgend einen Nutzen, der ihm nicht gebührt, er verhindert den Eigenthümer unbefugt an der gewöhnlichen Benutzung seines Eigenthums, macht sich fremdes Gut nutzbar und ist darum nach Vernunft und Recht schuldig, dem Eigenthümer eine Vergütung zu geben, in so lange als derselbe hierauf nicht verzichtet.

Wenn die Gesetze den Käufer verpflichten, soferne nicht auf Credit gehandelt ist, dem Verkäufer vom Momente der Ueberlieferung der verkauften Sache den Kaufpreis zu verzinsen, so beruht diese gerechte Bestimmung auf demselben Grunde.

Dieser Grund schließt alle Rücksichtsnahme auf die verschiedenartige Gestaltung der Gesinnungszustände und äusseren Verhältnisse und Bestimmungsgründe in der Person des Pflichtigen völlig aus, denn er ist rein objectiv, beruht in dem Sachverhältnisse. Ich führe die betreffenden Gesetzesstellen selbst an.

---

[7]) Glück Commentar Bd. 21. S. 45. 46. — Thibaut System des Pandektenrechts 5te Aufl. §. 279. — Leyser med. ad pand. p. 244. med. 4, 5. — Mühlenbruch l. c. §. 361.

l. 7. §. 10. D. de administr. et periculo tutorum (26, 7):
Et appareat hanc esse formam usurarum, ut ejus quidem pecuniae, quam quis in usus suos convertit, legitimas usuras praestet.

l. 28. D. Depositi (16, 3) am Schlusse:
Respondi debere ex bonae fidei judicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est.

l. 10. §. 3. D. mandati (17, 1):
quod si (procurator) non exercuit pecuniam, sed ad suos usus convertit, in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequetantur. Denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere.

l. 1. C. de usuris (5, 56):
Tutorem vel curatorem pecuniæ quam in usus suos convertit, legitimas usuras praestare debere olim placuit.

l. 1. §. 1. D. de usuris (22, 1):
Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in usus suos converterit, omnimodo, etiam mora non interveniente, praestabuntur usurae.

In allen diesen Gesetzen ist der allein entscheidende Grund für Annahme der Zinsenentrichtungspflicht und zwar ganz selbstständig und ohne auf andere Verhältnisse oder Bestimmungsgründe Rücksicht zu nehmen, darin gesetzt: quod pecuniam in usos suos convertit. Freilich concurrirt hierbei immer das Bewußtseyn, fremdes Geld in eignen Nutzen verwendet zu haben, also mala fides, oder zurechenbares Versehen in diesem Angriffe, allein hierin beruht nicht der wesentliche Grund.

Vermöge desselben Grundes aber muß man in dem Falle, wo Jemand zwar nicht von Anfang an fremdes Geld ohne Genehmigung des Eigenthümers in seinen Nutzen verwendet, dennoch aber eine ihm auf eine bestimmte Zeit oder bis zur Zurückforderung überlassene Summe Geldes nicht dem Berechtig-

ten zurückerstattet, oder eine zu entrichtende, ihm bekannte Schuld abträgt, also von diesem Momente an wissentlich widerrechtlicher Weise zurück- und dem Berechtigten vorenthält, das Geld also fortwährend in usus suos convertit, und den Berechtigten in dessen Benutzung hemmt, ihm den Gebrauch entzieht, auch ganz dieselbe Folge der Verzinsungspflicht, und zwar als eine Folge des objectiven Verhältnisses und eben so unabhängig von allen in der Person des Pflichtigen sich ereignenden Bestimmungsgründen und Verhältnissen annehmen, wie die Gesetze es bei der von Anfang an unbefugten Verwendung fremden Geldes in seinen eignen Nutzen angenommen haben.

Einen Unterschied deßwillen hier annehmen zu wollen, weil in dem einen Falle der Pflichtige fremdes Eigenthum angriffsweise sich zueignet, also dem Berechtigten sein Eigenthum entzieht, während er im anderen Falle nur das, was ihm, dem Pflichtigen, eigenthümlich gehört, innebehält, anstatt es dem Andern zur Tilgung einer Schuld zu überlassen, wie dies Schömann l. c. jedoch nur bezüglich des lucrum cessans extra rem ausnahmlich der Zinsen annimmt, das würde wenigstens auf keine rechtsphilosophische Grundlage zurückgeführt, gegen den Vorwurf der Inconsequenz nicht gerechtfertigt werden können, und eben so wenig auf positiv gesetzliche Vorschriften sich stützen, indem in der von Schömann a. a. O. zur Begründung seiner Unterscheidung angeführten l. ult. D. de periculo et commodo rei vend. (18, 6) ausdrücklich bestimmt ist, venditori, si emptor in pretio solvendo moram fecit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta consequi potuisset, also bezüglich der zu entrichtenden Zinsen jener Unterschied nicht statuirt und angenommen ist.

Wenn nun sogar die römischen Gesetze den Principal verpflichten, seinem Geschäftsführer Zinsen von den in seinen Geschäften ohne sein Vorwissen gemachten Auslagen und für ihn geleisteten Verwendungen und Zahlungen zu erstatten, so bekundet sich hierin das allgemeine Princip, daß die Verwendung fremden

Geldes in den Nutzen eines Anderen an und für sich selbst in jeder Form die Verbindlichkeit der Erstattung von Zinsen erzeugt, und es ist dann in der That nicht einzusehen, wie die römischen Juristen dazu gekommen seyn sollten, auszusprechen, daß derjenige, der widerrechtlicher Weise seiner ihm bekannten Pflicht der Zahlung resp. Erstattung nicht genügt und dadurch dem Gläubiger gegen dessen Willen und zwar wissentlich entzieht, das ihm gebührende Geld in seinen Nutzen zu verwenden, nur alsdann schuldig seyn sollte, dem beeinträchtigten Gläubiger einen Ersatz zu leisten, wenn der Pflichtige dabei sich eines Versehens in der Erfüllung schuldig macht, während er doch in allen Fällen das ihm nicht gehörende Geld zum Nachtheil des Gläubigers in seinem Nutzen behält, also für alle Fälle einen ihm nicht gebührenden Vortheil zieht, und dem Gläubiger Schaden zufügt.

Fassen wir die gesetzlichen Bestimmungen über Tragung der Folgen des Zufalls in's Auge, welche mit der angeregten Frage in nothwendigem innerem Zusammenhange stehen, so ergeben sich auch hier sehr entscheidende Argumente gegen die Annahme, als seye zur Begründung der mora mit ihren Folgen ein Versehen auf Seite des Leistungspflichtigen in der Erfüllung erforderlich.

Die römischen Gesetze verordnen, daß der Debitor speciei rei interitu casuali liberatur, weil der Zufall unmittelbar die Sache betrifft, in der natürlichen Rückwirkung also denjenigen, der sie zu fordern oder überhaupt Rechte an dieselbe hatte, zugleich bestimmen sie aber auch mit alleiniger inconsequenter Ausnahme bei den auf Eigenthumsübertragung gerichteten Verträgen, daß derjenige, welcher die ihm gehörig gewesene Sache übergeben sollte und an deren Tradition durch Zufall gehindert wird, dagegen auch die ihm versprochene Gegenleistung nicht fordern kann; sie bestimmen weiter, daß in dem Falle, wo eine Quantität, eine nicht speciell im Individuo bestimmte Sache aus einem genus, den Gegenstand einer Verbindlichkeit ausmacht, wenn die zu prästirende Sache durch Zufall zu Grunde geht, nur der Schuldner den Schaden tragen muß, weil die vom Zufalle

betroffene Sache nicht die Sache des Berechtigten ist, der Berechtigte auf eine bestimmte Sache kein Recht hatte. Der Schuldner wird nicht frei von seiner Verbindlichkeit, wenn die schuldige oder zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit von ihm bestimmte Quantität oder einzelne Bestandtheile des genus zu Grunde oder verloren gehen, er bleibt Schuldner und trägt also auch alle Folgen dieses Fortbestehens, sowie der Nichterfüllung. Die l. 1. §. 4. D. de obligat. et action. sagt sehr bestimmt: et ille qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet. Nach eben diesen leitenden Gesichtspunkten wird zwar derjenige, welcher zur Leistung eines Factums verpflichtet ist, — hierhin ist aber der Fall nicht zu zählen, wo Jemand zur Zurückgabe einer Sache verpflichtet ist, und diese wegen eines seine Person betreffenden Zufalls verzögert, wo er, der Pflichtige, die Folgen des usus allein zu tragen hat, weil er an dem Gebrauche gehindert ist, seine Verbindlichkeit fortbesteht und der Berechtigte in der Benutzung seines Eigenthums durch ihn gehindert wird — in dem Falle, wo ein Zufall ihn an der Leistung hindert, von der Verbindlichkeit dieser Leistung frei, die Verbindlichkeit hört auf, wenn sie überhaupt nicht, oder wenigstens nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt werden kann, und in letzterem Falle der Berechtigte die Erfüllung in späterer Zeit nicht will, weil das Unmögliche nicht gefordert werden kann, der Gegenstand der Berechtigung vom Zufall betroffen ist, und es kann dann auch von einer mora und den an solche sich knüpfenden Folgen nicht die Rede seyn, vielmehr trägt der Promissar den Nachtheil, daß ihm die schuldige Handlung, welche allein den Gegenstand seines Rechts bildet, entweder überhaupt nicht geleistet werden kann, oder nicht zur beabsichtigten Zeit geleistet werden konnte; allein die Folgen des Zufalls treffen auch den Verpflichteten dem Wesentlichen nach in so weit, daß er die ihm gebührende Gegenleistung nicht fordern kann, und wenn er sie schon empfangen hat, wieder zurückerstatten muß. Wenigstens muß man diese zuletzt ausgesprochene, wenn gleich nicht

unbestrittene, namentlich auch von Mühlenbruch im Lehrbuche des Pandektenrechts 2te Aufl. §. 365 nicht gebilligte, jedoch von Glück im 4ten Bande des Commentars §. 326 a, sowie in den meisten Punkten auch von Thibaut in seinem Systeme des Pandektenrechts 5te Aufl. §. 175 und von Wening-Ingenheim im Lehrbuche des gemeinen Civilrechts Buch III. §. 135 angenommene Ansicht meines Erachtens festhalten, wenn man der Consequenz, dem natürlichen Rechte, sowie der Natur und dem Zwecke zweiseitiger Verträge getreu bleiben will. Mit welchem Rechtsgrunde soll denn bei solchen Grundsätzen der Gesetze der Schuldner einer Quantität fungibler Sachen, eben so derjenige, welcher die Restitution einer einem Anderen gehörigen nicht fungibelen Sache verzögert, von dem Eintritte der mora und der hieran sich knüpfenden Pflicht der Vergütung von Zinsen, der Vergeltung für den fortwährenden Genuß, befreit werden, wenn er durch einen auf seiner Seite sich ereignenden Zufall an der Erfüllung seiner Schuldigkeit gehindert wird, da ja die Schuld in ihrer vollen Wirkung bestehen bleibt, und eine volle Leistungsunmöglichkeit dadurch nicht herbeigeführt, der Gegenstand der Leistung nicht vom Zufall betroffen ist?

Durch den die Person des Schuldners oder sein privatives Vermögen betroffenen Zufall ist einmal ein unabänderlicher Nachtheil herbeigeführt dadurch, daß er seine Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllt hat. Soll nun derjenige den Schaden tragen, der von dem Zufall betroffen worden, oder derjenige, welcher an den Betroffenen etwas zu fordern hat, das ihm nicht gewährt werden konnte zu der bestimmten Zeit? Ich glaube, natürliches Rechtsgefühl spricht dem Schuldner den Schaden zu, da er der vom Schicksal Betroffene ist, und ohnehin der entstandene Schaden in den meisten Beziehungen gar nicht von ihm getrennt werden kann. Nur Gründe der Billigkeit sind es, wenn man vom Standpunkte des Gesetzgebers den Schuldner in Fällen solcher Art von Vergütung des weiteren Interesses ausser den

Früchten und Zinsen und ausser dem Verluste am veränderten Gemeinwerthe der Sache befreit.

In dem Falle, wo Jemand zur Prästation einer speciellen Sache oder Leistung einer Handlung verpflichtet ist und durch einen die Sache oder im letzteren Falle durch einen seine Person betroffenen Zufall an der Erfüllung gehindert wird, treffen ihn die Folgen des Zufalls nur in so weit, daß er die entsprechende Gegenleistung nicht fordern kann resp. ersetzen muß, dagegen aber braucht er keinen Schadensersatz zu leisten. Dieß ist m. E. eben so consequent, als daß der Pflichtige in gleichem Falle da, wo der Gegenstand der Leistung eine Quantität oder ein genus ist, oder wo bei schuldiger Rückgabe einer Sache der Zufall seine Person trifft, überdieß noch das Interesse prästiren muß, wenigstens in Erstattung der Zinsen und Früchte und des veränderten Gemeinwerthes, weil im ersteren Falle der Gegenstand des Rechts betroffen ist, daher die Verbindlichkeit zu bestehen aufhört, also auch von einer Zögerung der Erfüllung und deren Folgen nicht die Rede seyn kann, im letzteren Falle dagegen die Verbindlichkeit unverändert fortbesteht, der Zufall nur die Person des Promittenten und sein Vermögen betrifft, und sich hiernach an die Nichterfüllung von selbst Verzug mit seinen Folgen knüpft. Man setze den Fall, wo demjenigen, der eine Fruchtlieferung zur bestimmten Zeit versprochen hat, sein Speicher mit der Frucht verbrennt und derselbe die Frucht nicht liefern kann, bis zur späteren Lieferung aber die Frucht bedeutend am Werthe gesunken ist, oder wo einem Schuldner einer unverzinslichen Summe diese durch Raub entzogen und er dadurch an der Zahlung zur gehörigen Zeit gehindert wird. Soll nun im ersteren Falle der Käufer den Minderwerth nicht, und im letzten Falle der Gläubiger nicht Verzugszinsen fordern dürfen! Ich könnte dies nicht für Recht halten. Und zu welchen Schwierigkeiten in der Ausführung würde ein solcher Satz überdies, bezüglich der Frage: ob die Nichtleistung eine in reinem Zufall beruhende, unabwendbare gewesen, und im Beweise führen?

Wenn derjenige, welcher ein Pferd auf 8 Tage zu einer Reise miethete, unterwegs krank wird und das Pferd nicht nach 8 Tagen zurückbringt, auch nicht zurücksenden kann, weil er bewußtlos darniederliegt, in Folge dessen das Pferd erst nach 6 Wochen zurückbringt, soll wohl derselbe dem Vermiether nicht das Interesse des nicht gehabten Gebrauchs vergüten?

Solche Beispiele legen wohl recht klar die Unhaltbarkeit des Satzes dar, daß mora eine culpose Verzögerung der Erfüllung voraussetze.

Wie zuvor bereits bemerkt worden, findet die von mir vertheidigte Ansicht auch eine sehr entscheidende Bestätigung in den gesetzlichen Bestimmungen über die Folgen der Litis Contestatio, dermalen der Klagemittheilung, also der gerichtlichen Interpellation.

Ueber die Folgen der Litis Contestatio nun der Klagemittheilung namentlich bezüglich des dadurch auf Seite des Beklagten bewirkt werdenden bösen Glaubens und der hiervon im Falle des Unterliegens abhängenden mora sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Schömann l. c. glaubt, weil der Beklagte nicht immer die Folgen des casus über sich zu nehmen hat, wenn er nämlich nicht in vera mala-fide sich befindet, die Litis Contestatio setze den Beklagten nicht in moram, v. Löhr in der Theorie der culpa nimmt an unter Bezug auf l. 82. §. 1. de verb. obligat. (45, 1), bei den judiciis stricti juris seye bei den Römern im Momente der Litis Contestatio immer mora entstanden, weil die Sache gewöhnlich klar gewesen, und es hier weniger auf die Umstände angekommen, während bei den judiciis bonae fidei dies nur alsdann eintrete, wenn temere litigirt werde, und bei den actionibus arbitrariis in rem (bei denen in personam seye dies anders gewesen, weil hier immer mala fides vorhanden seye) seye Streit gewesen, welchen Paulus in l. 40. §. 3. D. de hered. petitione entschieden habe.

v. Linde in dem Compendium des Civilprozesses §. 170 legt eben so wie Martin im Lehrbuche des Prozesses 4te Aufl.

§. 140 der Mittheilung des ersten Decrets auf die Klage die Wirkung der eventuellen Versetzung des Beklagten in fingirten bösen Glauben und Verzug ohne weitere Einschränkung (wahrscheinlich, weil sie die Darlegung der Modificationen nicht für ein Compendium geeignet fanden) bezüglich der verschiedenen Klagen und Folgen des Verzugs bei.

Gönner in dem Handbuche des deutschen gemeinen Prozesses 2ter Bd. Abhdlg. 35 nimmt den Satz: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse allgemein für alle Gattungen von Klagen an, unterscheidet aber zwischen dem nur civiliter in malam fidem versetzten Beklagten und dem in wirklicher mala fides sich befindenden in den Wirkungen dahin, daß der nur civiliter in malam fidem Versetzte, weil er den Streitgegenstand wie eine bedingt fremde Sache anzusehen habe, an dem Streitgegenstande und dessen Früchten den höchsten Fleiß anzuwenden, und allen positiven Schaden wie Gewinn zu ersetzen habe, welchen er, der Beklagte, bei Anwendung des höchsten Fleißes hätte abwenden, resp. hätte erzielen können, daß der Beklagte aber keinesfalls die Folgen des Zufalls über sich zu nehmen und eben so wenig diejenigen Früchte zu ersetzen habe, welche der Kläger hätte gewinnen können, falls ihm die streitige Sache auf die Mittheilung der Klage wäre ausgeliefert worden. In letzterem Betreffe ist conform Thibaut l. c. §. 568.

Auch Glück im Commentar Bd. 7. S. 551, Bd. 6. S. 200, Bd. 13. S. 164 ist dieser Ansicht, jedoch mit dem Unterschiede, daß er diese Folgen der Klagemittheilung auf dingliche Klagen beschränkt.

Ich trete der Ansicht von Gönner bei, weil sie meines Erachtens am meisten dem natürlichen Rechte entspricht und auch die meiste Stütze in den Gesetzen hat.

Ueber Schömann's Ansicht habe ich mich schon oben geäussert. Die Ansichten v. Löhr's scheinen mir aber in den allegirten Gesetzen eben so wenig wie in der rechtlichen Natur der verschiedenen Indicien genügende Begründung zu finden. Die

Vorschrift, daß bei Klagen aus stricti juris Contracten nach l. 82. §. 1. de verbor. obligat. im Momente der Litis Contestatio unbedingt mora entstehe, folgt aus dem citirten Gesetze nicht, die Worte : et hic moram fecisse videtur qui litigare maluit, quam restituere deuten ziemlich deutlich auf einen temere litigantem. Daß bei diesen Klagen nach klarer Bestimmung der Gesetze bei den Werthbestimmungen der geklagten Sache auf den Moment der Litis Contestatio gesehen wurde, davon muß man wohl den Grund eher in der Natur des Contracts als in dem Umstande suchen, daß im Momente der Litis Contestatio mora von selbst eingetreten seye, weil dieser Grund ohnehin diese Folge nicht rechtfertigen würde, indem diese mora auch noch zur Zeit des Urtheils fortbesteht.

Glück im Commentar Bd. 4. S. 246 seqq. erwähnt auch dieser Folge eines stricti juris Contracts bei Aufzählung des Unterschieds zwischen den Folgen der stricti juris und des bonae fidei Contracts nicht und eben so wenig bei Erwähnung der Folgen der Litis Contestatio Bd. IV. S. 193 seqq.

Daß bei den judiciis bonae fidei nur dann mora eingetreten seye, wenn temere litigirt worden, das folgt meines Ermessens aus der allegirten l. 63. D. de regulis juris nicht. Die Worte : qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere sagen dies nicht, sie sind allgemein und können darum nicht auf einzelne Klagenarten beschränkt, müssen vielmehr als eine aus den vorangesetzten gesetzlichen Dispositionen abstrahirte Regel mit Rücksicht auf die Gesetze selbst interpretirt werden, und es kann wohl aus dieser Stelle nichts weiter gefolgert werden, als daß das Provociren auf richterliche Entscheidung allein, also das der Litis Contestatio voranliegende Factum, von diesem Momente des Provocirens und der solches veranlaßt habenden Interpellation an mora nicht begründe, wenn nicht dolo dieß erfolgt.

Wenn nun aber die Gesetze den durch die hereditatis petitio (ein judicium bonae fidei) Ueberwundenen ganz unbedingt und

ohne des Erforderniſſes zu erwähnen, daß er temere litigire, für ſchuldig erkennen, vom Momente der Litis Contestatio an von den Erlößen aus früher veräuſſerten Erbſchaftsſachen, überhaupt von den erhobenen Geldern Zinſen zu erſtatten, ohne Rückſicht darauf, ob er ſolche ſelbſt erhoben hat, ſo kann hier wohl kein anderer Grund als eine fingirte mala fides und eine hieran ſich knüpfende eventuelle mora wenigſtens bezüglich der Acceſſionen unterliegen. [8])

Auch Mühlenbruch in ſeinem Lehrbuche des Pandektenrechts 3te Aufl. §. 225 äuſſert ſich dahin : Die Litis Contestatio begründet die Folgen der mala fides für den bonæ fidei possessor, wodurch denn der Verurtheilte nach der Litis Contestatio zur Leiſtung des Schadenserſatzes und überhaupt der accessiones civiles (Früchte und Zinſen) verpflichtet wird, und zwar ohne Einſchränkung.

Wenn Glück in dem Commentar Bd. 13. S. 164 die erwähnten Folgen der Litis Contestatio auf dingliche Klagen beſchränkt, auf die Gründe ſich ſtützend, weil bei perſönlichen Klagen ſich nicht annehmen laſſe, es werde durch die Litisconteſtation in gleicher Weiſe ein böſer Glaube bewirkt, und weil die Regel : »post litem contestatam, quinimo (ſogar) post controversiam motam omnes incipiunt malae fidei possessores fieri« nur auf doli und culpa praestationem gehe, wovon bei einer Klage, wodurch der Kläger ſein ehemaliges Eigenthum zurückfordere, die Frage nicht ſeyn könne, ſo iſt es nicht ſchwer, das Unzureichende dieſer Gründe zu erkennen.

Der angeführte Grund würde vorerſt nicht anwendbar ſeyn auf die auf ein Zurückgeben einer nicht fungiblen Sache gerichteten perſönlichen Klagen, vielmehr nur auf die auf Leiſtung einer Quantität fungibler Sachen gerichteten Klagen.

---

[8]) Glück Commentar Bd. 7. S. 569.

Allein auch bezüglich dieser liegen keine genügenden Gründe vor, jene Folgen der Litis Contestatio nicht eintreten zu lassen.

Die entscheidenden Stellen kommen zwar in den Titeln von der Erbschaftsklage und der rei vindicatio vor, namentlich in l. 25. §. 7. D. de hered. petit., allein die gesetzliche Disposition wie der Entscheidungsgrund ist ganz allgemein. Das Gesetz sagt: quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur.

Daß dieser Grund buchstäblich auch auf diejenigen Anwendung finden muß, welche mit einer persönlichen Klage auf Leistung oder Rückgabe einer nicht fungiblen Sache belangt sind, ist wohl ganz klar und selbst in den Gesetzen anerkannt [9]), allein eben so wenig kann seine Anwendbarkeit auf persönliche, auf Leistung einer Quantität fungibler Sachen gerichtete Klagen beanstandet werden.

Nach klarer Vorschrift der Gesetze l. 25. §. 7. D. de hered. petit. und l. 40. ibid. wird der Beklagte durch Litis Contestatio, ja durch die Klagemittheilung, civiliter in malam fidem versetzt, ja sogar zur Diligentia verpflichtet, also zur Anwendung des höchsten Fleißes nicht allein zur Erhaltung der Sache, sondern auch zur Gewährung des lucrum cessans, des Fruchtgenusses, so weit dem Beklagten die Fruchtbarmachung der geklagten Sache möglich war, damit dem Kläger, so weit dieß mit den demjenigen Beklagten, der nicht in vera mala fide ist, zu widmenden Rücksichten der Gerechtigkeit vereinbarlich ist, dasjenige gewährt wird, was er gehabt haben würde, wenn ihm die Sache auf erhobene Klage alsbald ausgeliefert worden wäre. Daß aber die Gesetze diese Pflicht der Diligentia für Erhaltung der Vortheile der Sache, welche der Kläger hätte erzielen können, nicht allein auf Naturalfrüchte beschränken, vielmehr auch auf Civilfrüchte in so weit

---

[9]) l. 2. C. de fruct. et lit. exp. — l. 31. pr. D. de rebus creditis.

wenigstens ausdehnen, daß der Beklagte auch Zinsen von den in seinen Nutzen verwendeten Geldern erstatten muß, das erfordert Consequenz und ist in den Gesetzen anerkannt. Nach deutlicher Bestimmung der Gesetze muß der mit der hereditatis petitio Belangte, wenn er unterliegt, von den eingezogenen Geldern der Erbschaft, ja von den Erlösen aus Erbschaftsgütern, welche er nur hätte einziehen können, Zinsen ex quo scit a se peti hereditatem, vergüten, nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor, während doch der Ausspruch, soweit er hierauf gerichtet ist, nicht dinglicher Natur, sondern als ein mit der hereditatis petitio verbundener persönlicher Anspruch, die Klage also, so weit sie hierauf sich bezieht, eine persönliche, auf eine Erstattung einer dem Kläger nicht eigenthümlichen, sondern nur zu ersetzenden Sache gerichtet ist.[10])

In der mala fides, dem — hier nur eventuellen — Bewußtseyn, eine fremde oder eine dem andern zu leistende Sache ohne Recht in seinem Genusse zu haben, liegt der allgemeine Rechtsgrund der mora und der sich hieran knüpfenden Folgen, und darum verordnen die Gesetze, daß vom Momente der Klagemittheilung an jeder Beklagte civiliter in malam fidem rücksichtlich des Innehabens der geklagten Sache versetzt werden solle, eben um einen Rechtsgrund zu statuiren, zum Ersatze der dem Beklagten entgehenden Nutzungen der geklagten Sache. Dieser Grund ist aber allgemein wirkend, er kann nicht beschränkt werden auf dingliche Klagen oder nicht fungible Sachen, denn eine Gesetzgebung würde sonst in eine große Inconsequenz gerathen, und eine solche Beschränkung würde der Annahme einer Verbindlichkeit zur Entrichtung von Verzugszinsen im Allgemeinen völlig im Wege stehen.

Die civiliter angenommene mala fides des Beklagten ist in

---

[10]) Glück Commentar Bd. 7. S. 569. — l. 20. §. 11. 15. D. de hered. petit. — B. 7. S. 513. — l. 25. §. 18. de hered. petit.

einigen Beziehungen in ihren Folgen beschränkter, wie die vera mala fides, allein so weit ihre Folgen nicht ausdrücklich beschränkt sind, sind sie dieselben, wie die der wirklichen mala fides. Nun aber zweifelt Niemand, daß eine interpellatio bei einem, der wissentlich etwas zu schulden ohne genügenden Grund die Zahlung der fälligen Schuld verzögert, moram und die Verbindlichkeit zur Zahlung von Zinsen und Erstattung von Früchten erzeugt. Warum sollte nun dieser Erfolg nicht auch mit der Klagemittheilung eintreten für den Fall der Beklagte demnächst verurtheilt wird, da er durch die Klage interpellirt und im Rechtssinne stets in malam fidem versetzt wird? Die Inconsequenz aber, daß, während die Gesetze bei demjenigen, der bei Herausgabe einer anmaßlich fremden Sache belangt ist, annehmen, er fange vom Momente, wo er weiß, daß er belangt seye, an malæ fidei possessor zu seyn, nach ihrer Disposition und Absicht nun nicht angenommen werden dürfe und müsse, als seye auch derjenige civiliter in mala fide, welcher auf Zahlung einer Schuld belangt ist, wird wohl Niemand den römischen Juristen zutrauen.

Wenn nun aber in den Gesetzen der Klagemittheilung die Wirkung beigelegt ist, daß der Beklagte eventuell für den Fall seines Unterliegens wenigstens bezüglich der genossenen und der zu percipirenden Früchte und Zinsen vom Momente der erlangten Wissenschaft seines Verklagtseyns civiliter für einen malae fidei Besitzer gilt, wenn er also mala fide fremdes Gut nutzt und nicht restituirt, deßhalb zur diligentia und ohne alle Rücksicht auf seine Verhältnisse in unbedingter Allgemeinheit zur Erstattung der Früchte und Zinsen verpflichtet ist, was alles doch nur eine Folge einer widerrechtlichen Zögerung seyn kann, da die Klagemittheilung als einseitige Handlung die Wirkung einer Novation und eines Quasi-Contracts nicht haben kann, so weiß ich nicht, wie man die Ansicht festhalten kann, als seye mit der Klagemittheilung an und für sich nicht eine, jedoch in den Folgen beschränkte, mora verbunden, und als seye zum Eintritt der mora eine schuldvolle

Nichterfüllung erforderlich. Die Gesetze geben uns wenigstens dazu eben so wenig Anlaß, wie eine Beurtheilung nach natürlichem Rechte.

Wer mala fide besitzt und nicht restituirt oder nicht zahlt, muß doch wohl ohne alle Rücksicht auf spätere zufällige in seiner Person eintretende Hemnisse als in mora befindlich und zum Schadensersatze pflichtig angesehen werden.

Mit der Klagemittheilung an den Beklagten ist in jedem Falle der böse Glaube mit dem Erfolge der Pflicht zur Entrichtung von Früchten und Zinsen da, der Moment des bedingt unbefugten Benutzens fremden Gutes, der bedingt widerrechtlichen Entziehung und Vorenthaltung fremden Eigenthums, es ist bedingtes objectives Unrecht und fingirte mala fides vorhanden und daran knüpft sich mit rechtlicher Nothwendigkeit mora und die Pflicht der Schadloshaltung, die in der Person des Pflichtigen eintretende zufällige Verhinderung in der Erfüllung kann aber schon an und für sich, insbesondere aber nach der Disposition des Gesetzes und dessen Motiven von keinem Einflusse seyn, weil ja vor dem verdammenden Erkenntnisse eine Zahlung resp. Befriedigung von Seiten des Schuldners ohnehin nicht zu erwarten ist, und das Gesetz auf den in dem etwaigen guten Glauben des Beklagten beruhenden Entschuldigungs- und Verhinderungsgrund wenigstens bezüglich der Erstattung von Früchten und Zinsen keine Rücksicht nimmt, und überhaupt auf die rechtliche Natur und den Fortbestand des nach seinem Wesen und Erfolg einmal gesetzlich feststehenden rechtlichen Zustandes es von keinem Einflusse seyn kann, auch von den Gesetzen nirgends unterschieden oder bei Bestimmung der Folgen der Klagemittheilung und der fortwährenden Nichterfüllung berücksichtigt wird, aus welchem Grunde eine dem Beklagten günstige Veränderung nicht eintritt, aus welchen Gründen der Beklagten nicht prästirt hat.

Aus den bisher allegirten Gesetzen und gemachten Anführungen abstrahirt sich meines Erachtens zwar der Satz, daß die in der Person des Pflichtigen eintretenden zufälligen Hemmnisse

und zufälligen Verhinderungen in Erfüllung seiner Verbindlichkeit ihn in der Regel, die rein persönlichen Prästationen, Handlungen, ausgenommen, nicht von den Folgen der mora befreien können, der Eintritt der mora also keineswegs ein Versehen in der Erfüllung erfordert, dagegen auch der weitere Satz, daß das objective Unrecht, die objectiv widerrechtliche Zögerung allein den Eintritt der mora nicht herbeiführen kann, daß vielmehr hiermit eine subjective Widerrechtlichkeit concurriren muß. Diese subjective Widerrechtlichkeit besteht in dem Bewußtseyn, in der Erkenntniß der Verbindlichkeit zur Leistung, also in dem Bewußtseyn, eine fremde Sache unbefugt zu besitzen, oder einem Andern zur Leistung verpflichtet zu seyn, ohne sie zu erfüllen, in der mala fides, oder in einem deßfallsigen nicht entschuldbaren Irrthume. Ich glaube, dieser Satz dringt sich uns mit Nothwendigkeit aus den Gesetzen auf.

Bei der hereditatis petitio, bei der vindicatio braucht der gutgläubige Besitzer die vor der Klagemittheilung gezogenen und consumirten resp. veräusserten Früchte eben so wenig, wie die zu percipiren gewesenen, aber vernachlässigten Früchte zu restituiren, bei der hereditatis petitio die consumirten resp. veräusserten Früchte wegen des Grundsatzes res succedit in locum pretii et pretium in locum rei nur in so weit, als der Beklagte noch dadurch bereichert ist. Genügte das objective widerrechtliche Innehaben allein zur Begründung der mora, oder die Interpellation an und für sich allein ohne Rücksicht auf das Bewußtseyn von der Richtigkeit der Verpflichtung, so würde diese gesetzliche Vorschrift nicht so haben gegeben werden dürfen. Eben in Anerkennung dieses Grundsatzes verordnen die Gesetze besonders, daß der malæ fidei possessor und derjenige, welcher eine Sache mit Gewalt in Besitz nimmt, semper moram faciunt, und daß auch bei demjenigen, der einem Andern wissentlich etwas Zahlungsfälliges schuldet, in der Regel, die Fälle, wo mora ex re oder durch unmittelbare gesetzliche Bestimmung eintritt, ausgenommen, jedesmalige Interpellation

zur Begründung der mora eintreten muß [11]), weil dadurch diese mala fides erzeugt wird.

Indem die Gesetze ausdrücklich verordnen, daß post controversiam motam omnes possessores quasi praedones teneantur, anerkennen sie damit, daß, um jene Folgen der Klagemittheilung, mora, eintreten lassen zu können, eine mala fides nöthig seye, sonst würden sie wohl zu dieser Fiction ihre Zuflucht nicht genommen haben. In dem Ausdrucke post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse ist aber anerkannt, daß sie es vorher noch nicht gewesen sind, und daß also die regelmäßig der gerichtlichen Klage vorhergehende aussergerichtliche Interpellation an und für sich diesen Erfolg der Versetzung in malam fidem im Rechtssinne nicht hat.

In dieser Annahme erklärten sich auch die folgenden Stellen des römischen Rechts.

l. 63. D. de regulis juris :

qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

l. 82. §. 1. de verbor. obligat. (45, 1) :

Hic moram videtur, qui litigare maluit, quam restituere,

was auf die Unterstellung einer böswilligen Prozeßführung schließen läßt.

l. 42. D. de regul. juris :

qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur, deberetur.

l. 24. D. de usuris et fructibus (22, 1) :

Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram utique si juste ad judicium provocavit.

ferner

l. 25. §. 5. 6. D. de hered. petit.

---

11) Glück Commentar Bd. 7. S. 557.

worin vom demjenigen qui in bona invasisset quae sciret ad se non pertinere die Rede ist und davon, daß dieser auch die vernachlässigten Früchte zu restituiren habe, gesagt ist:

Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in jure erravit, putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum praecederet alius agnatus, sibi potius deferri? Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret.

§. 7. Si ante litem contestatam, inquit, fecerint, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse etc.

l. 99. D. de Regul. Juris:

Non potest improbus videri qui ignorat quantum solvere debeat.

l. 21. D. de usuris:

Sciendum est, non omne quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum (22, 1).

l. 22. ibid:

Si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.

l. 5. D. de rebus cred.:

quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere.

In Uebereinstimmung mit diesen Ansichten sagt auch Mühlenbruch im Lehrbuche des Pandektenrechts 3te Aufl. §. 355: „Sind die Ansprüche des Gläubigers überhaupt noch nicht liquide, „so kann dem Schuldner kein Vorwurf daraus gemacht werden, „wenn er es hierüber (versteht sich bona fide) zum Prozeß kom-

„men läßt, daher treffen ihn vor der Litis Contestatio keine Fol-„gen der mora ꝛc.“

Prüfen wir diese Grundsätze nach dem natürlichen Rechte und der Rechtspolitik, so halten sie auch hier die Probe. Man kann nach Vernunft und Recht nicht verlangen, daß Jemand eine in seinem Besitze befindliche Sache herausgiebt, oder Zahlung leistet auf eine jede aussergerichtliche Anforderung, so lange er nicht von der Gerechtigkeit, der Richtigkeit der an ihn gemachten Anforderung überzeugt worden ist, wenigstens genügende Gründe, um davon überzeugt seyn zu können, ihm geliefert sind, und man kann demjenigen nach Recht und Billigkeit nicht seine Zögerung zum Nachtheil gereichen lassen, welcher in einer nicht verschuldeten Unwissenheit über die Rechtmäßigkeit fremder Ansprüche solchen nicht genügt, damit, wie es in l. 40. D. de hered. pet. heißt, die Menschen nicht veranlaßt werden, propter metum hujus periculi (der nachtheiligen Folgen) temere indefensum jus suum relinquere. Es muß vielmehr als zur Obliegenheit des Berechtigten gehörend betrachtet werden, dafür zu sorgen, daß dem ihm Verhafteten die gehörige Kenntniß von dem Bestehen seiner Verbindlichkeit gewährt wird.

Darum sagt auch Ulpian in l. 23. §. 6. de hered. petit. in der hier angeregten Beziehung auf Restitution zu percipirender Früchte: et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in jure erret.

Wenn die Gesetze mit der Klagemittheilung den Beklagten dagegen fictionsweise in der zuvor angeregten Beziehung als in mala fide versirend behandeln, so haben sie hierin eben so entscheidende Gründe für sich, weil das Anstellen einer Klage einen höhern Grad von Zuversicht des Klägers auf das angemaßte Recht darlegt, darum in dem Beklagten einen begründeteren Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Widerspruchs erregen muß, wie eine aussergerichtliche Mahnung, die um deßwillen für eine weniger durchdachte und zuversichtliche gelten kann, weil sich für den

Kläger hieran die ernsten Folgen nicht knüpfen, wie an die Anstellung der Klage.

Ad c) Wollte man, um auf das eigenthümliche Thema dieser Abhandlung zurückzukommen, aber auch im Widerspruch mit den ad b) entwickelten Ansichten annehmen, daß zur Begründung der mora überhaupt eine culpa des Verpflichteten in Erfüllung seiner Obliegenheit erforderlich seye, der Eintritt der mora also durch in der Person des Verpflichteten eintretende zufällige Verhinderungen der Erfüllung seiner Verbindlichkeit ausgeschlossen werde, so würde es dennoch völlig ungerechtfertigt seyn, in dem Eintritte eines Concursprozesses ein solches, dem Cridar nicht zur culpa anzurechnendes zufälliges Ereigniß finden zu wollen.

Bei weitem die meisten Concursprozesse haben ihren Entstehungsgrund in Leichtsinn, Trägheit, die Einnahme übersteigendem Aufwande, unüberlegten, gewagten Speculationen, also in Ereignissen, welche schon an und für sich den Vorwurf der Verschuldung begründen.

Aber auch in den Fällen, wo wirkliche Unglücksfälle die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herbeiführen, wird nicht leicht ein Fall eintreten, wo den Schuldner seinen Creditoren gegenüber der Vorwurf nicht treffen müßte, bezüglich ihrer Befriedigung sich einer Versäumung des ihm obgelegenen höchsten Fleißes schuldig gemacht zu haben. Der dem Schuldner seinen Gläubigern gegenüber obliegende höchste Fleiß hat wesentlich die Erfüllung der contrahirten Verbindlichkeit zum Gegenstande, der Schuldner ist folglich verpflichtet, sich auch der hierzu benöthigten Mittel zu versichern, alles das zu meiden, was die Besorgniß einer Entziehung dieser Mittel begründen, eine Zahlungsunfähigkeit herbeiführen kann. Ein redlicher sorgfältiger Mann borgt nicht, ohne die völlige Gewißheit, seine Schuld wieder abtragen zu können, er macht keine gewagten Speculationen unter Umständen, welche die Unmöglichkeit, seine Gläubiger zu befriedigen, herbeiführen können, er giebt sein Vermögen, namentlich wenn er darin die Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger suchen muß, nicht der

zufälligen Zerstörung preis, wirthschaftet mit seinem Vermögen vorsichtig, und vor Allem macht er keine Schulden, ohne die Gewißheit zu haben und ohne sich der Mittel zu versichern, seine Gläubiger wieder befriedigen zu können.

Wenn also auch die Unzulänglichkeit der Zahlungsmittel durch casuelle Ereignisse herbeigeführt worden seyn sollte, so wird doch in der großen Masse der vorkommenden Concursprozesse nicht leicht ein einziger dargelegt werden können, wo der Gemeinschuldner sich nicht in der Contrahirung der Schuldverbindlichkeiten selbst, oder in den Maßregeln zur sichern Erhaltung seines Vermögens und der Zahlungsmittel seinen Creditoren gegenüber eines Versehens schuldig gemacht hätte, was der Annahme einer rein zufälligen Zahlungsunfähigkeit, eines casuellen Verlustes, entgegensteht. Jeder casuell entstandene Schaden, sobald er in einer früheren culpa seinen Grund hat, und ohne diese nicht entstanden seyn würde, wird aber bekannten Rechten nach als durch culpa verursacht angesehen.

Die Nichterfüllung rechtlicher, dem Pflichtigen bekannter Verbindlichkeiten, ist an und für sich eine äusserlich rechtswidrige Handlung, und muß darum auch für alle Fälle und in so lange für eine solche gelten, als nicht von dem Verpflichteten ein ihn völlig exculpirender Zufall erwiesen und dargelegt wird, und es liegt darum unter allen Umständen und Verhältnissen eine Inconsequenz darin, wenn die Gerichte durch Nichtannahme einer mora ein Nichtvorhandenseyn einer culpa in Herbeiführung des Concursprozesses von vorn herein und ohne einen vom Cridar zu erbringenden Beweis annehmen, während nach allgemeinen Rechtsregeln demjenigen, welcher eine casuelle Verhinderung der Erfüllung einer unbestrittenen Verbindlichkeit vorschützt, der Beweis dieser casuellen Verhinderung obliegt, d. h. des verhindernden Ereignisses nicht allein, sondern auch, daß solches ohne seine verantwortliche Schuld entstanden ist. [12])

---

[12]) Gluck Comm. Bd. IV. S. 401. — Weber Beweisführung S. 254.

Schon oben ist bemerkt worden, daß in dem Falle, wo die vom Cridar vor Anfang des Concursprozesses verpachteten Güter, deren Pachtzeit noch nicht abgelaufen ist, zur Concursmasse von den Creditoren veräussert worden, die dadurch verletzten Pächter ihr Interesse, und zwar positiven wie negativen Schaden, als Schuld des Gemeinschuldners gegen die Concursmasse geltend machen können und müssen. Dieser Satz ist gar nicht bezweifelt, während doch hier der Cridar eben so rechtlich verhindert ist, durch die Erkennung des Concursprozesses — so lange er nicht alle Gläubiger zufriedenstellt — den Pachtvertrag zu erfüllen und den Pächtern dasjenige zu gewähren, was er ihnen versprochen hat, wie er abgehalten ist, die schuldigen Zahlungen zu leisten. Wäre der Satz richtig, daß keine Verzugszinsen während des Concurses laufen, welche ja nur ein Aequivalent des Interesse sind, so dürfte auch der verletzte Pachter eben so wenig sein Interesse gegen die Concursmasse geltend machen.

v. Linde im Lehrbuche des Civilprozesses, Martin in der 3ten Auflage seines Lehrbuchs des gerichtlichen Verfahrens §. 312, Gönner Handbuch ꝛc. Band 4, Nro. 35, Bayer in seiner Theorie des Concursprozesses, Dabelow in der ausführlichen Entwickelung der Lehre vom Concursprozesse, zählen unter den Folgen, welche das Decretum de aperiundo concursu bezüglich der einzelnen Gläubiger und deren Forderungen hervorbringt, die Folge des Sistirens der Verzugszinsen nicht auf, und scheinen hiernach auch der Ansicht nicht zu seyn, daß während des Concursprozesses Verzugszinsen nicht liefen.

Die Grundsätze, welche sich die neueren Gesetzgebungen rücksichtlich der Voraussetzungen der mora angeeignet haben, sind verschieden. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die österreichischen Staaten hat den von mir vertheidigten Grundsatz angenommen, indem es in dem §. 1334 also disponirt:

„Eine Verzögerung fällt einem Schuldner überhaupt zur Last, „wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zah„lungstag nicht zuhält, oder wenn er in dem Falle, daß

„die Zahlungszeit nicht bestimmt ist, nach dem Tage der „geschehenen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Einmahnung „sich nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat,"

sodann in §. 1419 :

„hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen, so fallen „die widrigen Folgen auf ihn."

und im §. 1311 :

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder „Person er sich ereignet. Hat aber Jemand den Zufall „durch ein Verschulden veranlaßt, hat er ein Gesetz, das „den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten, „oder sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt, so „haftet er für allen Nachtheil, welcher ausserdem nicht „erfolgt wäre."

Das allgemeine Gesetzbuch für die preußischen Staaten dagegen hat andere Grundsätze angenommen, es sagt in dem §. 285 und 288 des ersten Theils, fünften Titels :

„Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrags seine „Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, „muß dem Andern sein ganzes Interesse vergüten; im Falle „eines mäßigen oder geringen Versehens darf in der Regel „nur der wirkliche Schaden ersetzt werden."

und §. 360 :

„kann der Versprechende durch eigne Schuld dem Andern das „Versprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das „Interesse nach Maßgabe seiner eintretenden Verschuldung „haften."

Diesen Grundsätzen ist auch in vielen andern Artikeln consequente Folge gegeben, z. B. im Art. 102 vom Kaufe :

„Hat der Käufer durch seine Schuld die Uebernahme verzögert, „so kann der Verkäufer Schadloshaltung fordern."

§. 113 :

„Ist der Verkäufer Schuld an der verzögerten Uebergabe, so

„kann der Käufer von ihm den höchsten, bei Personen seiner „Klasse zulässigen Zinssatz fordern."

Auch der Code Napoléon hat die Grundsätze des preußischen Gesetzbuchs sich angeeignet, jedoch mit Modificationen.

Im Art. 1147 und 1148 heißt es:

„Der Schuldner wird, so oft er seine Verbindlichkeit entweder „nicht, oder zu spät erfüllt, obgleich keine Arglist bei ihm „obwaltet, zur allenfallsigen Schadloshaltung verurtheilt, „wenn er nicht erweist, daß die Nichterfüllung von einer „fremden Ursache herrührt, die man ihm nicht zur Last „legen kann."

„Ist der Schuldner durch unwiderstehliche Gewalt oder Zufall ver„hindert worden, das zu geben oder zu thun, wozu er sich „verbunden hatte, oder gezwungen worden zu thun, was „ihm untersagt war, so findet keine Schadloshaltung statt."

Dagegen müssen nach Art. 1153 bei Geldzahlungen und nach Art. 1904 beim Darlehn unbedingt Verzugszinsen vom Tage der Klage entrichtet und der Kaufpreis beim Kaufe unbedingt vom Tage der aussergerichtlichen Mahnung nach Art. 1652 verzinst werden ꝛc.

Daß in diesen Bestimmungen des Code Napoléon Consequenz mangelt, ist leicht einzusehen.

VIII.

Beiträge zur Verständigung über das Verhältniß zwischen Staat und Kirche, in Beziehung auf das Eherecht.

Von

v. Linde.

Die Grundsätze über die Ehegesetzgebung, vorzüglich in der Abgrenzung zwischen Kirche und Staat, sind besonders in der Gegenwart wichtig, wo Staat und Kirche durch die Tagesereignisse sich aufgefordert fühlen, naturwidrige Uebergriffe in den gegenseitigen Organismus zu verhüten, wenn auch blos deßhalb, um der daraus entstehenden Verwirrung zu begegnen. In keiner Materie hält es aber schwerer, über die Grenze zu einem Verständniß zu gelangen, als in der Ehegesetzgebung, wenigstens bezüglich verschiedener wichtiger Fragen. Diese Schwierigkeit scheint aber hauptsächlich dadurch entstanden zu seyn und sich fortwährend zu erhalten, daß man das Rechtsgebiet, welches dem Staate und der Kirche hier zuzutheilen ist, entweder verkannt oder mißkannt hat, und thatsächlich über die gegenseitigen Grenzen hinausgeschritten ist und nun Besitz- und Rechtsstand confundirt und sich auf Zustände, Zweckmäßigkeit und Forderungen des Zeitgeistes

beruft, wo von allem diesem, dem Rechte gegenüber, doch keine Rede seyn sollte. Um zunächst den Umfang unserer Betrachtung hierüber etwas näher zu bestimmen, bemerken wir, daß diese sich ausschließlich auf deutsche Staaten und die darin staatsgrundgesetzlich anerkannten christlichen Kirchen beziehen soll und wir uns dabei vorzüglich auf die Andeutung der Rechtsgrenze beschränken wollen; also darauf, wie weit die Gesetzgebung des Staates und der Kirche dem bestehenden Rechte nach einzugreifen befugt ist; weniger darauf, wie die Abgrenzung, wenn es sich de lege condenda handelte, zu bestimmen, oder was innerhalb der bestimmten Grenze legislatorisch zu empfehlen sey. Wird eine bestimmte Grenze anerkannt und gegenseitig geachtet, dann liegt es in der Natur der Sache, daß eine Ehegesetzgebung, die sich innerhalb der rechtlichen Abgrenzung hält, zu Verwirrungen und Conflicten nicht führen kann, wenn man auch noch so abweichende Ansichten über die Zweckmäßigkeit der gegenseitigen Gesetzgebungsthätigkeit zu bilden Ursache hätte.

Die Auffindung der Rechtsgrenze in dieser Materie dürfte nun aber in der That nicht so schwierig seyn, als man nach dem thatsächlichen Bestande der gegenseitigen Anforderungen und dem vorhandenen Besitzstande und den daraus entsprungenen Meinungen und aufgestellten Behauptungen befürchten sollte. Denn wenn man findet, daß die Staaten, welche eine umfassende Ehegesetzgebung darstellten, von den verschiedenartigsten Systemen ausgegangen sind, indem z. B. der österreichische dasselbe zunächst auf die Grundlagen des canonischen Rechts und folgeweise auch mehr in christlich-kirchlicher Auffassung; der preußische dagegen auf den Grundlagen eines Vertrags, aber doch noch großentheils unter christlich-kirchlicher Auffassung aufgestellt, der französische aber jedes kirchliche Element zwar nicht unberücksichtigt, aber außer aller Verbindung mit der weltlichen Gesetzgebung gelassen; diese verschiedenen Systeme aber, so abweichend sie untereinander auch sind, doch alle mehr oder weniger mit Lehren der christlichen Kirche theils mittelbar, theils unmittelbar

in Collision gerathen; so könnte man geneigt werden zu empfehlen: daß die Staaten bei der Ehegesetzgebung keine Rücksicht auf christlich-kirchliche Uebereinstimmung mit dem Systeme zu nehmen haben. In der That ergiebt eine nähere Untersuchung auch, daß die Staaten voraussetzten, in ihrem Rechte zu handeln, wenn sie die Ehegesetzgebung durchaus selbstständig ausbildeten und die Anordnungen der christlichen Kirchen nur da und insofern berücksichtigten, wo und inwiefern es aus Grundsätzen der Staatsklugheit angemessen schien, Lehren und Einrichtungen der Kirche als solche in Anerkennung zu erhalten, oder auch geradezu als nicht bindend zurückzuweisen, oder für gleichgültig zu erklären.

Die Güte dieser Behandlungsweise ist im Allgemeinen unter einem zweifachen Gesichtspunkte einer Prüfung fähig, nämlich unter dem der Politik und dem des Rechts. Wiewohl der letztere der durchgreifendere und je nach dem Resultate der Untersuchung, der zuletzt und nothwendig entscheidende seyn muß, so wollen wir jedoch den ersten hier nicht ganz außer Acht lassen. Dieses schon aus dem Grunde nicht, weil man den zweiten Gesichtspunkt, den rechtlichen, für so wenig erheblich zu halten scheint, daß man, nach dem Vorbilde jener größeren Gesetzgebungen, auch in späterer und neuester Zeit ihn kaum einer Erwähnung werth hält, und es selten unpassend ist, auch entgegenstehende Gründe zu beseitigen, wenngleich man mit der Aufstellung der eigenen wohl ausreichte.

Wenn ein Staat an die Spitze seiner legislatorischen Erwägungen die Ansicht stellt, daß die Gesetze fast aller Länder für den Abschluß der Ehe in der **kirchlichen** Weihe die höchste ihnen zu Gebote stehende Solennität fordern, um so das Gewicht und die volle Bedeutung der Handlung in ihrem ganzen Umfange auszudrücken; und daß es einleuchten müsse, warum eine Form der Eheabschließung, welche aus einer so wichtigen Würdigung menschlicher Gefühle hervorgegangen sey, auch in den Gemüthern des Volks tiefe Wurzel habe schlagen, und daß sich eine fest begründete Opinion über ihre Nothwendigkeit, allmählig ausbilden müssen,

welche das Gesetz anerkennen, nicht umstürzen solle [1]); so neigt er sich selbstredend zu jenem Systeme, welches auf der kirchlichen Basis gebaut werden soll. Diese Ansicht findet in den Betrachtungen volle Rechtfertigung, daß Kirche und Staat schon insofern sich gegenseitig berühren, als sie Anstalten sind, welche die Bestimmung haben, die Zwecke einer und derselben Gesellschaft zu verfolgen und insofern beide selbst als nothwendige Institute der Menschheit sich darstellen.

Die christliche Kirche ist nun eine durch geschichtliche Thatsachen göttlicher Offenbarung entstandene, deren unmittelbarer und nächster Zweck Erhaltung und Verbreitung der christlichen Lehre und Ausspendung der christlichen Heilsmittel ist; der Staat dagegen ist eine Anstalt zur Verwirklichung des Rechts. Kirche und Staat sind deßhalb ihrem Begriffe und auch ihrem Zwecke nach zwei verschiedene Anstalten. Wäre die Kirche nicht verschieden vom Staate, so würde sie nur als eine Staatsanstalt aufgefaßt werden dürfen, als ein wesentlicher Theil der Staatsgewalt, der in der Befugniß bestehen würde, den Unterthanen vorzuschreiben, daß und wie sie Mitglieder einer Kirche seyn sollten und was sie als solche zu thun und zu lassen hätten. Nun widerspricht es aber der Vernunft, daß Menschen, ohne Rücksicht auf ihre eigene Einsicht, Ueberzeugung oder Glauben, von andern Menschen verpflichtet und durch Zwang angehalten werden, Gott auf eine bestimmte Weise zu verehren, oder nicht zu verehren. Alle Sittlichkeit und Religiosität hat ihren Werth allein in der freien, aus der Erkenntniß und dem Glauben hervorgegangenen Selbstbestimmung, wo diese fehlt, also überall dort, wo äußerer Zwang zu religiösen und kirchlichen Handlungen nöthigt, da ist Vernichtung der Grundlage aller Sittlichkeit und Religiösität die

---

[1]) Motive z. d. Entw. d. bürgerl. Gesetzb. für das Großherzogthum Hessen. Darmst. 1844 S. 26.

„men läßt, daher treffen ihn vor der Litis Contestatio keine Fol-„gen der mora ꝛc.“

Prüfen wir diese Grundsätze nach dem natürlichen Rechte und der Rechtspolitik, so halten sie auch hier die Probe. Man kann nach Vernunft und Recht nicht verlangen, daß Jemand eine in seinem Besitze befindliche Sache herausgiebt, oder Zahlung leistet auf eine jede aussergerichtliche Anforderung, so lange er nicht von der Gerechtigkeit, der Richtigkeit der an ihn gemachten Anforderung überzeugt worden ist, wenigstens genügende Gründe, um davon überzeugt seyn zu können, ihm geliefert sind, und man kann demjenigen nach Recht und Billigkeit nicht seine Zögerung zum Nachtheil gereichen lassen, welcher in einer nicht verschuldeten Unwissenheit über die Rechtmäßigkeit fremder Ansprüche solchen nicht genügt, damit, wie es in l. 40. D. de hered. pet. heißt, die Menschen nicht veranlaßt werden, propter metum hujus periculi (der nachtheiligen Folgen) temere indefensum jus suum relinquere. Es muß vielmehr als zur Obliegenheit des Berechtigten gehörend betrachtet werden, dafür zu sorgen, daß dem ihm Verhafteten die gehörige Kenntniß von dem Bestehen seiner Verbindlichkeit gewährt wird.

Darum sagt auch Ulpian in l. 23. §. 6. de hered. petit. in der hier angeregten Beziehung auf Restitution zu percipirender Früchte: et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in jure erret.

Wenn die Gesetze mit der Klagemittheilung den Beklagten dagegen fictionsweise in der zuvor angeregten Beziehung als in mala fide versirend behandeln, so haben sie hierin eben so entscheidende Gründe für sich, weil das Anstellen einer Klage einen höhern Grad von Zuversicht des Klägers auf das angemaßte Recht darlegt, darum in dem Beklagten einen begründeteren Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Widerspruchs erregen muß, wie eine aussergerichtliche Mahnung, die um deßwillen für eine weniger durchdachte und zuversichtliche gelten kann, weil sich für den

Kläger hieran die ernsten Folgen nicht knüpfen, wie an die Anstellung der Klage.

Ad c) Wollte man, um auf das eigenthümliche Thema dieser Abhandlung zurückzukommen, aber auch im Widerspruch mit den ad b) entwickelten Ansichten annehmen, daß zur Begründung der mora überhaupt eine culpa des Verpflichteten in Erfüllung seiner Obliegenheit erforderlich seye, der Eintritt der mora also durch in der Person des Verpflichteten eintretende zufällige Verhinderungen der Erfüllung seiner Verbindlichkeit ausgeschlossen werde, so würde es dennoch völlig ungerechtfertigt seyn, in dem Eintritte eines Concursprozesses ein solches, dem Cridar nicht zur culpa anzurechnendes zufälliges Ereigniß finden zu wollen.

Bei weitem die meisten Concursprozesse haben ihren Entstehungsgrund in Leichtsinn, Trägheit, die Einnahme übersteigendem Aufwande, unüberlegten, gewagten Speculationen, also in Ereignissen, welche schon an und für sich den Vorwurf der Verschuldung begründen.

Aber auch in den Fällen, wo wirkliche Unglücksfälle die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herbeiführen, wird nicht leicht ein Fall eintreten, wo den Schuldner seinen Creditoren gegenüber der Vorwurf nicht treffen müßte, bezüglich ihrer Befriedigung sich einer Versäumung des ihm obgelegenen höchsten Fleißes schuldig gemacht zu haben. Der dem Schuldner seinen Gläubigern gegenüber obliegende höchste Fleiß hat wesentlich die Erfüllung der contrahirten Verbindlichkeit zum Gegenstande, der Schuldner ist folglich verpflichtet, sich auch der hierzu benöthigten Mittel zu versichern, alles das zu meiden, was die Besorgniß einer Entziehung dieser Mittel begründen, eine Zahlungsunfähigkeit herbeiführen kann. Ein redlicher sorgfältiger Mann borgt nicht, ohne die völlige Gewißheit, seine Schuld wieder abtragen zu können, er macht keine gewagten Speculationen unter Umständen, welche die Unmöglichkeit, seine Gläubiger zu befriedigen, herbeiführen können, er giebt sein Vermögen, namentlich wenn er darin die Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger suchen muß, nicht der

Theilnahme einer rechtsgesetzlichen Staatseinrichtung, aufstellen sollte [1]), so bleibt eine das Verhältniß anders normirende positiv-rechtliche Anordnung dennoch, bis zu ihrer, durch die Staatsgewalt ebenfalls positiv verfügten Aenderung, nothwendig maßgebend, rechtlich bindend. Wegen dieses Verhältnisses der weltlichen Gesetze zu den kirchlichen ist es von so großer practischer Wichtigkeit, daß der weltliche Gesetzgeber niemals die Grenzen, welche göttlichen und menschlichen Gesetzen zuzuweisen sind, vermengt. Denn jene Gesetze sind, wie nach ihrem Ursprunge, so ihrem Gegenstande und ihrer Natur nach verschieden. Göttliche Gesetze müssen ihrem Ursprunge nach vollkommen, also die besten seyn, menschliche können gut seyn und man erstrebt den möglichsten Grad der Vollkommenheit; jene haben ihre Autorität im Glauben an göttliche Abstammung, diese in menschlicher Anordnung, die am ausgiebigsten ihre letzte Autorität ebenfalls in göttlichen Gesetzen findet.

Während den religiösen Gesetzen das Alterthum höhere Weihe verleiht, imponiren weltliche Gesetze gerade umgekehrt durch ihre Neuheit. Immer wird es zu den wichtigsten Aufgaben der weltlichen Gesetzgebung gehören, die Autorität und Wirksamkeit der göttlichen oder Religionsgesetze niemals durch einen Widerstreit mit weltlichen Gesetzen zu beschränken, also das angeblich Gute oder Zweckmäßige nicht auf Kosten des Besten oder Vollkommenen geltend zu machen und niemals zu übersehen, daß wohl weltliche, nicht aber auch göttliche Gesetze ihrer Natur nach veränderlich sind und daß jeder Versuch, das anerkannt göttliche Gesetz einem weltlichen zu opfern sich dadurch straft, daß mit dem Untergraben des Ansehens jener Gesetze die weltliche Autorität nothwendig geschwächt wird. Sehr schön und wahr bemerkt, mit specieller Anwendung auf den Gegenstand unserer Betrachtung,

---

[1]) Sylvester Jordan, Vers. üb. allgem. Staatsrecht S. 448 f. — v. Grolmann, Handb. üb. den Code Napoléon II. S. 10.

Schon oben ist bemerkt worden, daß in dem Falle, wo die vom Cridar vor Anfang des Concursprozesses verpachteten Güter, deren Pachtzeit noch nicht abgelaufen ist, zur Concursmasse von den Creditoren veräussert worden, die dadurch verletzten Pächter ihr Interesse, und zwar positiven wie negativen Schaden, als Schuld des Gemeinschuldners gegen die Concursmasse geltend machen können und müssen. Dieser Satz ist gar nicht bezweifelt, während doch hier der Cridar eben so rechtlich verhindert ist, durch die Erkennung des Concursprozesses — so lange er nicht alle Gläubiger zufriedenstellt — den Pachtvertrag zu erfüllen und den Pächtern dasjenige zu gewähren, was er ihnen versprochen hat, wie er abgehalten ist, die schuldigen Zahlungen zu leisten. Wäre der Satz richtig, daß keine Verzugszinsen während des Concurses laufen, welche ja nur ein Aequivalent des Interesse sind, so dürfte auch der verletzte Pachter eben so wenig sein Interesse gegen die Concursmasse geltend machen.

v. Linde im Lehrbuche des Civilprozesses, Martin in der 3ten Auflage seines Lehrbuchs des gerichtlichen Verfahrens §. 312, Gönner Handbuch 2c. Band 4, Nro. 35, Bayer in seiner Theorie des Concursprozesses, Dabelow in der ausführlichen Entwickelung der Lehre vom Concursprozesse, zählen unter den Folgen, welche das Decretum de aperiundo concursu bezüglich der einzelnen Gläubiger und deren Forderungen hervorbringt, die Folge des Sistirens der Verzugszinsen nicht auf, und scheinen hiernach auch der Ansicht nicht zu seyn, daß während des Concursprozesses Verzugszinsen nicht liefen.

Die Grundsätze, welche sich die neueren Gesetzgebungen rücksichtlich der Voraussetzungen der mora angeeignet haben, sind verschieden. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die österreichischen Staaten hat den von mir vertheidigten Grundsatz angenommen, indem es in dem §. 1334 also disponirt:

„Eine Verzögerung fällt einem Schuldner überhaupt zur Last,
„wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zah-
„lungstag nicht zuhält, oder wenn er in dem Falle, daß

„die Zahlungszeit nicht bestimmt ist, nach dem Tage der „geschehenen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Einmahnung „sich nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat,"

sodann in §. 1419:

„hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen, so fallen „die widrigen Folgen auf ihn."

und im §. 1311:

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder „Person er sich ereignet. Hat aber Jemand den Zufall „durch ein Verschulden veranlaßt, hat er ein Gesetz, das „den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten, „oder sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt, so „haftet er für allen Nachtheil, welcher ausserdem nicht „erfolgt wäre."

Das allgemeine Gesetzbuch für die preußischen Staaten dagegen hat andere Grundsätze angenommen, es sagt in dem §. 285 und 288 des ersten Theils, fünften Titels:

„Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrags seine „Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, „muß dem Andern sein ganzes Interesse vergüten; im Falle „eines mäßigen oder geringen Versehens darf in der Regel „nur der wirkliche Schaden ersetzt werden."

und §. 360:

„kann der Versprechende durch eigne Schuld dem Andern das „Versprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das „Interesse nach Maßgabe seiner eintretenden Verschuldung „haften."

Diesen Grundsätzen ist auch in vielen andern Artikeln consequente Folge gegeben, z. B. im Art. 102 vom Kaufe:

„Hat der Käufer durch seine Schuld die Uebernahme verzögert, „so kann der Verkäufer Schadloshaltung fordern."

§. 113:

„Ist der Verkäufer Schuld an der verzögerten Uebergabe, so

„kann der Käufer von ihm den höchsten, bei Personen seiner „Klasse zulässigen Zinssatz fordern."

Auch der Code Napoléon hat die Grundsätze des preußischen Gesetzbuchs sich angeeignet, jedoch mit Modificationen.

Im Art. 1147 und 1148 heißt es:

„Der Schuldner wird, so oft er seine Verbindlichkeit entweder „nicht, oder zu spät erfüllt, obgleich keine Arglist bei ihm „obwaltet, zur allenfallsigen Schadloshaltung verurtheilt, „wenn er nicht erweist, daß die Nichterfüllung von einer „fremden Ursache herrührt, die man ihm nicht zur Last „legen kann."

„Ist der Schuldner durch unwiderstehliche Gewalt oder Zufall ver„hindert worden, das zu geben oder zu thun, wozu er sich „verbunden hatte, oder gezwungen worden zu thun, was „ihm untersagt war, so findet keine Schadloshaltung statt."

Dagegen müssen nach Art. 1153 bei Geldzahlungen und nach Art. 1904 beim Darlehn unbedingt Verzugszinsen vom Tage der Klage entrichtet und der Kaufpreis beim Kaufe unbedingt vom Tage der aussergerichtlichen Mahnung nach Art. 1652 verzinst werden rc.

Daß in diesen Bestimmungen des Code Napoléon Consequenz mangelt, ist leicht einzusehen.

thigt ist.[1]) Wenn nun schon die evangelische Kirche den von den neueren Gesetzgebungen eingenommenen Standpunkt lebendig zu beklagen hat[2]) und in ihrem Rechte ist, wenn sie eine Reinigung des Eherechts von den canonischen Bestimmungen auf der einen und von den Ausflüssen der flachen Vertragstheorie auf der andern Seite fordert[3]); so ist, da das Rechtsverhältniß der christlichen Kirchen staatsgrundgesetzlich ein vollkommen gleiches seyn soll[4]), auch die katholische Kirche in ihrem Rechte, wenn sie die Verpflichtung des Staats behauptet, daß er den katholisch-religiösen Standpunkt des Eherechts achte, der nach dem Umfange und Inhalte der bestimmenden rechtsgültigen Quellen ein weiterer, als der der evangelischen Kirche ist. Unbestreitbar richtig ist daneben, daß der religiöse Standpunkt nicht der einzige ist, den die weltliche Gesetzgebung zu nehmen hat, daß vielmehr, da die Ehe vielfach in das bürgerliche Leben eingreift und das Wesen des Staats berührt, diesem nicht abgesprochen werden kann, daß er auch von seinem Standpunkte aus das Eherecht ordne, insbesondere bestimmte Ehehindernisse festsetze. Eben so richtig ist es, daß, wenn der Staat das canonische Recht durch neue Verfügungen ergänzt, er von der Kirche fordern kann, daß sie nur dann an der Eheschließung Antheil nehme, wenn allen bürgerlichen Erfordernissen genügt ist und daß selbst die Anwendung von Strafmitteln gegen zuwiderhandelnde Geistliche hier ihre Rechtfertigung hat, und daß eine dennoch kirchlich eingegangene Ehe, wenn sie gleich nach dem kirchlichen Sprachgebrauche ein matrimonium ratum ist, der Staat sie vor seinem Forum für nichtig erklären und ihr die bürgerliche Rechtswirkung entziehen darf. Auch hat er es den Betheiligten

---

[1]) Richter a. a. O. §. 63—87.
[2]) v. Gerlach, üb. d. heutige Gestalt des Eherechts. Berlin 1833.
[3]) Richter a. a. O. §. 250 a. E.
[4]) J. P. O. V, 1. Deutsche B. A. Art. 16.

beruft, wo von allem diesem, dem Rechte gegenüber, doch keine Rede seyn sollte. Um zunächst den Umfang unserer Betrachtung hierüber etwas näher zu bestimmen, bemerken wir, daß diese sich ausschließlich auf deutsche Staaten und die darin staatsgrundgesetzlich anerkannten christlichen Kirchen beziehen soll und wir uns dabei vorzüglich auf die Andeutung der Rechtsgrenze beschränken wollen; also darauf, wie weit die Gesetzgebung des Staates und der Kirche dem bestehenden Rechte nach einzugreifen befugt ist; weniger darauf, wie die Abgrenzung, wenn es sich de lege condenda handelte, zu bestimmen, oder was innerhalb der bestimmten Grenze legislatorisch zu empfehlen sey. Wird eine bestimmte Grenze anerkannt und gegenseitig geachtet, dann liegt es in der Natur der Sache, daß eine Ehegesetzgebung, die sich innerhalb der rechtlichen Abgrenzung hält, zu Verwirrungen und Conflicten nicht führen kann, wenn man auch noch so abweichende Ansichten über die Zweckmäßigkeit der gegenseitigen Gesetzgebungsthätigkeit zu bilden Ursache hätte.

Die Auffindung der Rechtsgrenze in dieser Materie dürfte nun aber in der That nicht so schwierig seyn, als man nach dem thatsächlichen Bestande der gegenseitigen Anforderungen und dem vorhandenen Besitzstande und den daraus entsprungenen Meinungen und aufgestellten Behauptungen befürchten sollte. Denn wenn man findet, daß die Staaten, welche eine umfassende Ehegesetzgebung darstellten, von den verschiedenartigsten Systemen ausgegangen sind, indem z. B. der österreichische dasselbe zunächst auf die Grundlagen des canonischen Rechts und folgeweise auch mehr in christlich-kirchlicher Auffassung; der preußische dagegen auf den Grundlagen eines Vertrags, aber doch noch großentheils unter christlich-kirchlicher Auffassung aufgestellt, der französische aber jedes kirchliche Element zwar nicht unberücksichtigt, aber außer aller Verbindung mit der weltlichen Gesetzgebung gelassen; diese verschiedenen Systeme aber, so abweichend sie untereinander auch sind, doch alle mehr oder weniger mit Lehren der christlichen Kirche theils mittelbar, theils unmittelbar

in Collision gerathen; so könnte man geneigt werden zu empfehlen: daß die Staaten bei der Ehegesetzgebung keine Rücksicht auf christlich-kirchliche Uebereinstimmung mit dem Systeme zu nehmen haben. In der That ergiebt eine nähere Untersuchung auch, daß die Staaten voraussetzten, in ihrem Rechte zu handeln, wenn sie die Ehegesetzgebung durchaus selbstständig ausbildeten und die Anordnungen der christlichen Kirchen nur da und insofern berücksichtigten, wo und inwiefern es aus Grundsätzen der Staatsklugheit angemessen schien, Lehren und Einrichtungen der Kirche als solche in Anerkennung zu erhalten, oder auch geradezu als nicht bindend zurückzuweisen, oder für gleichgültig zu erklären.

Die Güte dieser Behandlungsweise ist im Allgemeinen unter einem zweifachen Gesichtspunkte einer Prüfung fähig, nämlich unter dem der Politik und dem des Rechts. Wiewohl der letztere der durchgreifendere und je nach dem Resultate der Untersuchung, der zuletzt und nothwendig entscheidende seyn muß, so wollen wir jedoch den ersten hier nicht ganz außer Acht lassen. Dieses schon aus dem Grunde nicht, weil man den zweiten Gesichtspunkt, den rechtlichen, für so wenig erheblich zu halten scheint, daß man, nach dem Vorbilde jener größeren Gesetzgebungen, auch in späterer und neuester Zeit ihn kaum einer Erwähnung werth hält, und es selten unpassend ist, auch entgegenstehende Gründe zu beseitigen, wenngleich man mit der Aufstellung der eigenen wohl ausreichte.

Wenn ein Staat an die Spitze seiner legislatorischen Erwägungen die Ansicht stellt, daß die Gesetze fast aller Länder für den Abschluß der Ehe in der **kirchlichen Weihe** die höchste ihnen zu Gebote stehende Solennität fordern, um so das Gewicht und die volle Bedeutung der Handlung in ihrem ganzen Umfange auszudrücken; und daß es einleuchten müsse, warum eine Form der Eheabschließung, welche aus einer so wichtigen Würdigung menschlicher Gefühle hervorgegangen sey, auch in den Gemüthern des Volks tiefe Wurzel habe schlagen, und daß sich eine fest begründete Opinion über ihre Nothwendigkeit, allmählig ausbilden müssen,

welche das Gesetz anerkennen, nicht umstürzen solle[1]); so neigt er sich selbstredend zu jenem Systeme, welches auf der kirchlichen Basis gebaut werden soll. Diese Ansicht findet in den Betrachtungen volle Rechtfertigung, daß Kirche und Staat schon insofern sich gegenseitig berühren, als sie Anstalten sind, welche die Bestimmung haben, die Zwecke einer und derselben Gesellschaft zu verfolgen und insofern beide selbst als nothwendige Institute der Menschheit sich darstellen.

Die christliche Kirche ist nun eine durch geschichtliche Thatsachen göttlicher Offenbarung entstandene, deren unmittelbarer und nächster Zweck Erhaltung und Verbreitung der christlichen Lehre und Ausspendung der christlichen Heilsmittel ist; der Staat dagegen ist eine Anstalt zur Verwirklichung des Rechts. Kirche und Staat sind deßhalb ihrem Begriffe und auch ihrem Zwecke nach zwei verschiedene Anstalten. Wäre die Kirche nicht verschieden vom Staate, so würde sie nur als eine Staatsanstalt aufgefaßt werden dürfen, als ein wesentlicher Theil der Staatsgewalt, der in der Befugniß bestehen würde, den Unterthanen vorzuschreiben, daß und wie sie Mitglieder einer Kirche seyn sollten und was sie als solche zu thun und zu lassen hätten. Nun widerspricht es aber der Vernunft, daß Menschen, ohne Rücksicht auf ihre eigene Einsicht, Ueberzeugung oder Glauben, von andern Menschen verpflichtet und durch Zwang angehalten werden, Gott auf eine bestimmte Weise zu verehren, oder nicht zu verehren. Alle Sittlichkeit und Religiosität hat ihren Werth allein in der freien, aus der Erkenntniß und dem Glauben hervorgegangenen Selbstbestimmung, wo diese fehlt, also überall dort, wo äußerer Zwang zu religiösen und kirchlichen Handlungen nöthigt, da ist Vernichtung der Grundlage aller Sittlichkeit und Religiösität die

---

[1]) Motive z. d. Entw. d. bürgerl. Gesetzb. für das Großherzogthum Hessen. Darmst. 1844 S. 26.

Folge. So wesentlich die Staatsgewalt eine Rechtsgewalt ist, so nothwendig ist eine Kirchenhoheit kein wesentliches Recht der Staatsgewalt, auch nicht einmal zufällig, denn wo der Inhaber der höchsten Staatsgewalt rechtmäßig zugleich Inhaber der höchsten Kirchengewalt ist, was in der römisch-katholischen Kirche bezüglich des Pabstes im Verhältniß zum Kirchenstaat und in der protestantischen Kirche bezüglich der Landesherrn in Deutschland im Verhältniß ihrer Staaten der protestantischen Kirche gegenüber der Fall ist, da muß in der Anwendung doch immer eine Abgrenzung der verschiedenen Gewalten berücksichtigt werden. So wenig die Kirche Eins und Dasselbe mit dem Staate ist und seyn kann, eben so wenig ist es möglich, daß die Kirche vom Staate, oder der Staat von der Kirche abhängig seyn darf; denn in beiden Fällen wäre Kirche und Staat wieder Eins und Dasselbe; daß sie dieses aber nicht seyn können, fällt in die Begriffe. Versteht man unter dem Territorialsysteme dasjenige, wornach die Kirche ganz vom Staate, und unter hierarchischem dasjenige, wornach der Staat ganz von der Kirche abhängig seyn soll, so läßt sich weder das eine, noch das andere rechtsphilosophisch begründen, und es bleibt nur ein drittes allein möglich, nämlich jenes, nach welchem die Kirche und der Staat gegenseitig von einander unabhängig sind.

Nach dem Begriffe der Staatsgewalt ist der Inhaber derselben in Allem, was zu dem Bereiche derselben gehört, nothwendig die alleinige und höchste Autorität im Staate; es giebt deßhalb in diesem Bereiche weder eine Autorität die über, noch eine die neben ihm steht, deßhalb darf auch keine Kirchengewalt in jenem Bereiche weder in einem Systeme der Ueberordnung; noch in einem der Nebenordnung (Coordinations- oder Collegialsystem) aufgestellt werden, weil der Inhaber der Staatsgewalt als solcher in seinem Bereiche weder einen Vorgesetzten, noch einen Collegen hat. Aber so unabhängig die Staatsgewalt in ihrem Bereiche ist, so unabhängig soll es die Kirche

in dem ihrigen seyn. Da aber die Kirche und ihre Mitglieder zugleich Mitglieder des Staatsvereins sind und im Staate ohne diese Eigenschaft nicht gedacht werden können, so haben sie alle Rechtspflichten gegen den Staat, welche alle Corporationen und beziehungsweise deren Mitglieder gegen denselben haben würden, wenn sie auch nicht in dem kirchlichen Verbande sich befänden.

Da die Wirksamkeit der Kirche ferner durch äußere Handlungen nothwendig bedingt ist, mögen sich diese auf die Lehre, auf gottesdienstliche Uebungen oder gesellschaftliche Ordnungen beziehen, alle äußere Handlungen als solche aber möglicher Weise Gegenstand rechtlicher Beurtheilung werden, so können jene Handlungen in solcher Beziehung in das Bereich der Staatsgewalt fallen, während sie an sich, so lange sie sich unmittelbar und allein auf Religion und Sittlichkeit beziehen, außer jenem Bereiche liegen. Die Kirche und ihre Mitglieder als solche, sind also insofern in steter Abhängigkeit vom Staate, als die kirchliche Wirksamkeit sich in äußeren Handlungen, die das Rechtsgesetz verletzt haben oder verletzen könnten, ausspricht, wodurch die Staatsgewalt zu einem Verbote und Bestrafung solcher Handlungen, weil und insofern sie nicht rein religiös geblieben sind, sondern das Rechtsgesetz in der That bedroht oder gar verletzt haben, gelangen darf. Dagegen läßt sich der Fall rechtlich nicht denken, in welchem die Staatsgewalt der Kirche oder einem kirchlichen Mitgliede rein kirchliche Handlungen unter Androhung einer Strafe zur Religionspflicht machen dürfte, weil der Zwang zu einer Handlung den religiösen Character derselben geradezu zernichtet. Damit ist aber der Fall nicht zu verwechseln, wo die Staatsgewalt die Betheiligung an rechtsgesetzlichen Einrichtungen durch gewisse religiöse Bekenntnisse und darauf hinzielende Handlungen bedingt. Wenn sich nämlich nach philosophischen Grundsätzen auch der Beweis führen ließe, daß die Staatsgewalt niemals ein bestimmtes religiöses Bekenntniß und damit in Verbindung stehende Handlungen als Bedingung zu irgend einer

Theilnahme einer rechtsgesetzlichen Staatseinrichtung, aufstellen sollte [1]), so bleibt eine das Verhältniß anders normirende positiv-rechtliche Anordnung dennoch, bis zu ihrer, durch die Staatsgewalt ebenfalls positiv verfügten Aenderung, nothwendig maßgebend, rechtlich bindend. Wegen dieses Verhältnisses der weltlichen Gesetze zu den kirchlichen ist es von so großer practischer Wichtigkeit, daß der weltliche Gesetzgeber niemals die Grenzen, welche göttlichen und menschlichen Gesetzen zuzuweisen sind, vermengt. Denn jene Gesetze sind, wie nach ihrem Ursprunge, so ihrem Gegenstande und ihrer Natur nach verschieden. Göttliche Gesetze müssen ihrem Ursprunge nach vollkommen, also die besten seyn, menschliche können gut seyn und man erstrebt den möglichsten Grad der Vollkommenheit; jene haben ihre Autorität im Glauben an göttliche Abstammung, diese in menschlicher Anordnung, die am ausgiebigsten ihre letzte Autorität ebenfalls in göttlichen Gesetzen findet.

Während den religiösen Gesetzen das Alterthum höhere Weihe verleiht, imponiren weltliche Gesetze gerade umgekehrt durch ihre Neuheit. Immer wird es zu den wichtigsten Aufgaben der weltlichen Gesetzgebung gehören, die Autorität und Wirksamkeit der göttlichen oder Religionsgesetze niemals durch einen Widerstreit mit weltlichen Gesetzen zu beschränken, also das angeblich Gute oder Zweckmäßige nicht auf Kosten des Besten oder Vollkommenen geltend zu machen und niemals zu übersehen, daß wohl weltliche, nicht aber auch göttliche Gesetze ihrer Natur nach veränderlich sind und daß jeder Versuch, das anerkannt göttliche Gesetz einem weltlichen zu opfern sich dadurch straft, daß mit dem Untergraben des Ansehens jener Gesetze die weltliche Autorität nothwendig geschwächt wird. Sehr schön und wahr bemerkt, mit specieller Anwendung auf den Gegenstand unserer Betrachtung,

---

[1]) Sylvester Jordan, Vers. üb. allgem. Staatsrecht S. 448 f. — v. Grolmann, Handb. üb. den Code Napoléon II. S. 10.

v. Weiler [1]: „Derjenige, dem es um die gleiche Befestigung der religiösen und bürgerlichen Bande zu thun ist, wird jener Gesetzgebung den meisten Beifall geben, die am meisten dahin strebt, jeden schädlichen Widerstreit zu lösen. Hierbei ist weniger zu beachten, was an Gewaltsbefugnissen zum Opfer gebracht, als was für die öffentliche Moral gewonnen wird.“ Und wir fügen hinzu, daß der weltliche Gesetzgeber ganz besonders sein Augenmerk auf die Sittlichkeit der Gesellschaft, d. h. auf die öffentliche Moral, dadurch lenken soll, daß er dem Individuum, für dessen Veredlung die religiösen Gesetze gegeben sind, die Befolgung möglich macht und die Uebertretung nicht erleichtert, oder gar durch widersprechende weltliche Gesetze dazu einladet.

Die Ehe gehört zu jenen Einrichtungen, welche nothwendige Träger des geordneten Familienlebens, also der Grundlage des Staatsverbandes selbst sind. Die Ehe vermittelt die Schranken, welche der groben Sinnlichkeit im Interesse der physischen und moralischen Kraft eines Volkes nothwendig gesetzt werden müssen und hebt jene Ungewißheiten, welche die innigsten Familienbande lockern und das an Folgen für die Bildung unerschöpflich reiche Verhältniß zwischen Eltern und Kindern verschwinden lassen würden. Diese Zwecke, im steten Kampfe mit der Sinnlichkeit, sind allein mit Hülfe der Religion erreichbar. Der Mensch muß durch ein höheres, unveränderliches und ihm unter allen Umständen schon darum heiliges Gesetz, also durch ein Religionsgesetz zu demjenigen aufgefordert sich fühlen, was hier nothwendig ist. Die Religion muß ihm die Grenzen der erlaubten und unerlaubten Verbindungen in geschlechtlicher Hinsicht vorzeichnen und die weltliche Gesetzgebung, welcher das Institut gleich wichtig ist, hat es mit die religiöse Macht hebenden und die Ausführung der religiösen Forderungen vermittelnden Anordnungen zu sichern, aber nicht mit contradictorischen Gesetzen in der sittlichen Grundlage

[1]) Duttlinger, v. Weiler und v. Kettenacker Arch. f. Rechtspfl. u. Gesetzg. IV. 1. S. 20.

zu erschüttern. In diesen Grenzen haben die besseren Gesetzgebungen das Institut auch von jeher aufgefaßt und behandelt, und die geschichtliche Wahrheit nicht übersehen, daß der Mensch keiner Macht und keinem Gebote freiwilliger und bereitwilliger, ohne alle Nebenabsicht Folge leistet, als dem der Religion, von der er eine Ueberzeugung hat.

Die christliche Kirche fand in der Ehe ein religiöses Element vor; denn so war schon die heidnische Betrachtungsweise und die des römischen Rechts. [1]) Der katholischen Kirche insbesondere ist die Ehe nicht blos im Allgemeinen eine res sacra, eine religiöse Handlung [2]), sondern ein Sakrament. Die Frage, wie die Kirche eine, ohne ihre Mitwirkung abgeschlossene Ehe anzusehen habe, ist schon früh aufgeworfen und entschieden. [3]) Die Ansicht befestigte sich vorzüglich durch Gesetze der germanischen Völker [4]), womit auf der einen Seite bewiesen werden kann, daß ein Gesetzgebungsrecht des Staates in Ehesachen von der Geistlichkeit anerkannt wurde, auf der andern aber auch, daß die weltliche Gesetzgebung sich verpflichtet hielt, der kirchlichen Gesetzgebung eine entscheidende Einwirkung zuzugestehen. So heißt es in den Gesetzen des longobardischen Königs Luitprand:

„Hoc autem ideo affiximus, quia Deo teste, et Papa urbis Romae, qui in omni mundo caput ecclesiarum Dei et sacerdotum est, per suam epistolam nos adhortatus est, ut tale coniugium nullatenus permitteremus. [5])"

---

[1]) Fr. 1. de rite nupt. 23, 2. »Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.« §. 1. J. de pat. pot. 1, 9.

[2]) Matth. V. 31 f. XIX. 3—9. — Marc X. 2—12. — Röm. VII. 1. — Corinth. VII. — Eph. V. 22 f.

[3]) Tertull. de pud. c. 4.

[4]) G. W. Böhmer über d. Ehegesetze im Zeitalter Karls d. Großen. Gött. 1826.

[5]) Leg. Longob. V. 5. (Canciani I. p. 110): »Scire omnes volumus, sicut et saepius a Domini episcopis et reliquis Dei servis ad-

Die katholische Kirche hat sich aber auch unausgesetzt im Besitze des Rechtes, von ihrem Standpunkte aus eine Ehegesetzgebung auszuüben, erhalten [1]), ohne damit die weltliche Gesetzgebung ausschließen zu wollen, oder zu können.

Die evangelische Kirche betrachtet zwar auch die Ehe als ein von Gott geordnetes Institut [2]), hält aber den Staat zur Ordnung des Eherechts zunächst berufen; **fordert jedoch, daß er sich innerhalb der durch die h. Schrift gezogenen Schranken halte.** [3])

Geht man nun von der staatsgrundgesetzlich garantirten rechtlichen Stellung der christlichen Kirchen in Deutschland aus [4]), und davon, daß hiernach die christlichen Kirchen zu fordern berechtigt sind: Freiheit von allen positiven Vorschriften über die Lehre, die kirchliche Verfassung, Regierung und Ausspendung der christlichen Heilsmittel von Seiten des Staats; so kann mit demselben Rechte, womit die *evangelische* Kirche fordert, daß der Staat bei der Gesetzgebung über das Eherecht sich innerhalb der durch die h. *Schrift* gezogenen Schranken halte; die *katholische* Kirche fordern, daß die Schranken eingehalten werden, welche *sie* als *verbindende Quelle* für die Lehre *anzuerkennen* genö-

---

moniti sumus, quod ... non liceat coniugatis, neque pellicem, neque concubinam habere« Cap. reg. Franc. VI. 433. Am Schlusse des siebenten Buchs der Capitularien »De capitulis apostolica auctoritate roboratis« wird bemerkt, daß eine päpstliche Gesandtschaft zugegen gewesen und im Namen des apostolischen Stuhls den Inhalt genehmigt habe: »apostolica sunt juncta auctoritate roborata, quia his cudendis maxime apostolica interfuit legatio.«

[1]) Conc. Trident. Sess. XXIV. de matrim. c. 4.

[2]) *Froböse*, Luthers Worte üb. d. Ehe. Leipz. 1825.

[3]) *Richter* Kirchenrecht §. 250.

[4]) *Richter* Kirchenrecht §. 54 f. Betrachtung der neuesten kirchlichen Ereignisse aus dem Standpunkte des Rechts und der Politik, Mainz 1845 und die Schrift: Staatskirche, Gewissensfreiheit und religiöse Freiheit. Mainz 1845.

thigt ist.[1]) Wenn nun schon die evangelische Kirche den von den neueren Gesetzgebungen eingenommenen Standpunkt lebendig zu beklagen hat[2]) und in ihrem Rechte ist, wenn sie eine Reinigung des Eherechts von den canonischen Bestimmungen auf der einen und von den Ausflüssen der flachen Vertragstheorie auf der andern Seite fordert[3]); so ist, da das Rechtsverhältniß der christlichen Kirchen staatsgrundgesetzlich ein vollkommen gleiches seyn soll[4]), auch die katholische Kirche in ihrem Rechte, wenn sie die Verpflichtung des Staats behauptet, daß er den katholisch-religiösen Standpunkt des Eherechts achte, der nach dem Umfange und Inhalte der bestimmenden rechtsgültigen Quellen ein weiterer, als der der evangelischen Kirche ist. Unbestreitbar richtig ist daneben, daß der religiöse Standpunkt nicht der einzige ist, den die weltliche Gesetzgebung zu nehmen hat, daß vielmehr, da die Ehe vielfach in das bürgerliche Leben eingreift und das Wesen des Staats berührt, diesem nicht abgesprochen werden kann, daß er auch von seinem Standpunkte aus das Eherecht ordne, insbesondere bestimmte Ehehindernisse festsetze. Eben so richtig ist es, daß, wenn der Staat das canonische Recht durch neue Verfügungen ergänzt, er von der Kirche fordern kann, daß sie nur dann an der Eheschließung Antheil nehme, wenn allen bürgerlichen Erfordernissen genügt ist und daß selbst die Anwendung von Strafmitteln gegen zuwiderhandelnde Geistliche hier ihre Rechtfertigung hat, und daß eine dennoch kirchlich eingegangene Ehe, wenn sie gleich nach dem kirchlichen Sprachgebrauche ein matrimonium ratum ist, der Staat sie vor seinem Forum für nichtig erklären und ihr die bürgerliche Rechtswirkung entziehen darf. Auch hat er es den Betheiligten

---

1) Richter a. a. O. §. 63—87.

2) v. Gerlach, üb. d. heutige Gestalt des Eherechts. Berlin 1833.

3) Richter a. a. O. §. 250 a. E.

4) J. P. O. V, 1. Deutsche B. A. Art. 16.

zu überlassen, sich im Gewissen für kirchlich verbunden zu achten, und der Kirche, im forum internum die Ehe aufrecht zu erhalten; aber dieses nicht nothwendig mit dem Erfolge, daß die Betheiligten factisch als Eheleute miteinander leben, insofern dadurch das Sittengesetz verletzt würde, denn schon dieses allein fordert, daß jeder Staatsangehörige, mit Rücksicht auf den religiösen Werth, alle Commissivhandlungen unterläßt, die durch Staatsgesetze verboten sind, und deren Unterlassung allein noch keine Verletzung eines bindenden Religionsgesetzes ist.

Die Befolgung des entgegengesetzten Grundsatzes würde die öffentliche Moral und das Ansehen der Staatsgesetze in hohem Grade gefährden, und die Achtung vor denselben und ihre moralische Wirksamkeit auf bedenkliche Weise untergraben.

Wenn aber der Staat canonische Ehehindernisse ausser Wirksamkeit setzt, weil diese nach seiner Ansicht sich dem Leben als abgestorben erweisen, oder welche, wieder nach seiner Ansicht, die Kirche selbst dadurch als ausserhalb des Zusammenhanges mit dem Dogma stehend erklärt habe, daß sie rücksichtlich ihrer immer und ohne Unterschied die Dispensation gewähre; dann argumentirt der Staat aus einem ihm nicht zustehenden Standpunkte, und so wenig die Kirche sich aus gleichen und ähnlichen Gründen über Verfügungen des Staats hinwegsetzen darf; eben so wenig darf es der Staat über kirchliche, die diesem Bereiche rechtlich angehören. Sobald aber der Staat dennoch in der angegebenen Weise argumentirt, so halten auch wir, unter allen Umständen, es für unzulässig, die Kirche zu zwingen, daß sie einem Verhältnisse die religiöse Weihe ertheile, welches sie mit ihrer Lehre im Widerspruche findet. Hier soll es alsdann der Staat den Betheiligten überlassen, sich der kirchlichen Dispensation zu vergewissern, und wenn ihnen diese nicht zu Theil wird, kein anderes Mittel geben, als daß der Staat die bürgerliche Ehe zuläßt und den Ehegatten rücksichtlich der Rechtswirkungen dieses s. g. matrimonium legitimum seinen Schutz ertheilt, während er es ihnen anheim stellt, ihr Gewissen mit der Kirche abzufinden.

Diese Sätze sollen die nothwendige Folge der Stellung seyn, welche die katholische Kirche dem Staate gegenüber eingenommen habe; man gesteht daneben aber zu, daß immerhin ein auf sie gegründetes praktisches Verhältniß wünschenswerther seyn möge, als daß die Ehe aller religiösen Beziehungen entkleidet und die Beobachtung aller kirchlichen Vorschriften nur dem Gewissen überlassen und dadurch die Gleichgültigkeit gegen die Kirche und dann auch gegen die Religion gefördert werde.[1]) Was die Stellung, welche die katholische Kirche zum Staate eingenommen betrifft, so ist diese der Kirche durch den Inhalt des sie bindenden canonischen Rechts geradezu geboten, und mit demselben Grunde, womit man behauptet: „daß die protestantische Kirche in ihrem Rechte sey, wenn sie eine Reinigung des Eherechts von den ihm anklebenden canonischen Bestimmungen fordere; mit demselben Grunde muß man behaupten, daß die katholische Kirche in ihrem Rechte sey, wenn sie die Beibehaltung der canonischen Bestimmungen im Eherechte fordert. Den Rechtsgrund für die zuständige Forderung können beide Kirchen nur aus der Freiheit ihrer Lehre herleiten, also aus derselben Quelle; diese fließt aber für beide Kirchen gleich ergiebig und nur Einseitigkeit oder Befangenheit kann bei solcher Ableitung zu verschiedenen Resultaten gelangen. Darin stimmen deßhalb auch die Forderungen beider christlicher Kirchen überein, daß sie von den Ausflüssen der flachen Vertragstheorie des weltlichen Eherechts gereinigt werden.

Vertreter der christlichen Kirche haben für diese auch bald ihre Stimmen laut werden lassen, als eine Einführung des französischen Rechts in dieser Lehre bevorstand und in Deutschland mancherlei Ehegesetze erschienen, die in solchem Geiste abgefaßt waren. Die nächste Folge von der Trennung des bürgerlichen Ehevertrags von der kirchlichen Auffassung überhaupt und dem Sakramente insbesondere waren Scheidungen der Ehen und unkirchliche Wiederverehelichungen und damit stete Verlegenheiten

1) Richter a. a. O. §. 250.

der Kirche und der Seelsorger. Der bekannte Freiherr v. Wessenberg entwarf in jener Zeit im Auftrage des Fürsten Primas eine Denkschrift über diesen Gegenstand, die mehreren deutschen Höfen übergeben werden sollte, was aber nicht zur Ausführung kam. Vielleicht ist die Darstellung in der gegenwärtigen Zeit wichtiger, als damals; denn niemals war man ernstlicher bemüht, den innigen Zusammenhang der Kirche und des Staats zu zerreißen und Leichtsinn und Frivolität zu fördern, als jetzt. Die Denkschrift lautet wie folgt:

„Bei der bevorstehenden Einführung des Code Napoléon in den rheinischen Bundesstaaten sehen sich Se. Hoheit der Herr Fürstprimas des rheinischen Bundes durch Ihre Pflichten aufgefordert, darauf anzutragen, daß die Grundsätze, welche dieses in so mancher Rücksicht schätzbare Gesetzbuch in Ansehung der Ehe aufstellt, in so weit sie die sittlich-religiösen Verhältnisse berühren, auf eine solche Art modificirt werden möchten, wodurch alle Collisionen mit der christkatholischen Kirche vermieden bleiben.

Se. Hoheit hoffen um so zuversichtlicher, hierin bei den souverainen Fürsten des deutschen Bundes Gehör zu finden, als es einerseits diesen erhabenen Fürsten ohne Zweifel selbst nahe am Herzen liegt, jede Collision zwischen den politischen Gesetzen und wesentlichen Grundsätzen der Kirche zu verhüten und andrerseits nicht verkannt werden kann, daß die Wohlfahrt der Ehen, die für den Staat von größter Wichtigkeit ist, vorzüglich von dem ungetrübten Einflusse der Religion auf dieselben abhänge.

Die Ansichten, welche Se. Hoheit im Allgemeinen als die richtigen Normen in Hinsicht dieses wichtigen Gegenstandes betrachten, sind folgende:

1) Ist es hier darum zu thun, die Reinheit und die Beobachtung eines wesentlichen Grundsatzes der christlichen Sittenlehre zu erhalten, ohne in die bürgerliche Gesetzgebung in Hinsicht des Contracts der Ehe den mindesten Eingriff zu beabsichtigen.

2) Der Grundsatz der katholischen Kirche, dessen Beschützung der landesherrlichen Gewalt gegen jede Störung empfohlen wird,

betrifft nicht blos die äussere Disciplin der Kirche, sondern auch das Wesen der christlichen Moral der katholischen Kirche. Uebrigens stimmt

3) das Interesse des Staats mit dem Interesse der katholischen Kirche darin ganz zusammen, daß die Moralität der Ehen durch keine Störung, Herabsetzung oder Entkräftung der religiösen Grundsätze Abbruch leiden möge.

Durch das französische Civilgesetzbuch werden in verschiedenen Fällen Ehen gestattet, die nach den Grundsätzen der christkatholischen Kirche unzulässig sind.

Die katholische Kirche hat von jeher als evangelisch-apostolische Lehre den Grundsatz behauptet: „die Ehe sey nur durch den Tod des einen Theils auflösbar. Die Gesetze der römischen Kaiser gestatteten zwar die Scheidung vom Bande, aber die Kirche verwarf sie standhaft, die römischen Kaiser befanden sich nach ihrer Annahme des Christenthums in einem ähnlichen Falle, wie der Beherrscher Frankreichs, der dem Revolutionsgeiste einen Damm setzte. Zu Constantins Zeiten war noch der größte Theil des Reichs dem Heidenthum zugethan; als Napoleon die Zügel ergriff, war, ohngeachtet des herrschend gewordenen Gefühls des Bedürfnisses fester Ordnung, noch ein bedeutender Theil der Nation theils aus Grundsätzen, theils aus Interesse, den Grundsätzen der Revolution ergeben. So wie die römischen Kaiser, nachdem sie Christen geworden waren, in ihren Verhältnissen die Ehegesetze, die im Schooße des Heidenthums entstanden waren, nicht geradezu aufheben zu können glaubten, so hielt es auch der Hersteller fester Ordnung in Frankreich nicht für rathsam, die während der Revolution in Uebung gebrachten Ehegesetze umzustoßen, weil zu viele Interessen dadurch verletzt worden wären.

Allein die deutschen Souveraine und Staaten finden sich keineswegs in ähnlichen Verhältnissen. Warum sollten sich dieselben ohne Noth in die Verlegenheit und Collision stürzen, worin der Staat in Frankreich mit der katholischen Kirche durch die politischen Ehegesetze wirklich verwickelt ist, weil der dasige Gesetz-

geber zwischen zwei Uebeln (nämlich entweder der Aufreizung einer mächtigen Parthei von Anhängern der Revolution, oder der Collision mit den Grundsätzen der Kirche) dasjenige wählte, welches ihm in der Ausführung seines Plans, über den Trümmern der Anarchie feste Ordnung zu begründen, am wenigsten hinderlich schien. Aus gleichem Beweggrunde sah sich der Hersteller der Ordnung in Frankreich genöthigt, so mancher Usurpation fremden Eigenthums, die unter Begünstigung revolutionairer Faktionen war begangen worden, das Siegel der Legalität aufzudrücken, um neue und größere Unordnungen zu verhüten, an denen sonst die Ausführung seines für Frankreich wohlthätigen Planes hätte scheitern können. Dessen ungeachtet bleibt die Collision zwischen den Grundsätzen der politischen und moralischen Gesellschaft des Staats und der Kirche, zwischen den Gesetzen und dem Gewissen in Frankreich ein reelles, sehr fühlbares Uebel, dessen nachtheiliger Einfluß auf die Moralität durch den rühmlichen Eifer der französischen Bischöfe und Seelsorger wohl gemildert, aber nicht aufgehoben werden kann.

Demnach stellt es sich für die deutschen Staaten, die im Falle sind, statt des ehemaligen römischen Gesetzbuchs den Code Napoléon anzunehmen, als eine Angelegenheit von besonderer Wichtigkeit dar, der bezeichneten Collision auszuweichen, welches auch keiner Schwierigkeit unterliegt, weil kein politisches Interesse zur Einführung jener Artikel des Code Napoléon auffordert, wodurch die Collision in Frankreich begründet ward.

Der Hauptgesichtspunkt des Staats bei der Gesetzgebung in Hinsicht der Ehe kann im Ganzen wohl kein anderer seyn, als: **die möglichst wirksame Beförderung zufriedener und glücklicher Ehen.**

Hieraus ergiebt sich aber die Nothwendigkeit für die Gesetzgebung, dahin zu streben: 1) daß leichtsinnige, gezwungene und aus unlautern Beweggründen eingegangene Ehen so viel als möglich verhindert bleiben; 2) daß die Heiligung der Ehen durch die Religion, welche der ehelichen Treue, Zufriedenheit und Glück-

seligkeit ihre stärkste Kraft verleiht, aufrecht erhalten werde. Diese Zwecke der Gesetzgebung würden durch Einführung derjenigen Grundsätze des Code Napoléon, die mit den Grundsätzen der christkatholischen Kirche in Collision stehen, den bedeutendsten Abbruch leiden. Zum Beweise dieser Behauptung wird es am dienlichsten seyn,

1) die Artikel des französischen Gesetzbuchs in Hinsicht der Ehe zu beleuchten;
2) die entgegenstehenden Grundsätze der katholischen Kirche darzustellen und
3) die moralischen Folgen zu entwickeln, die aus der Einführung der französischen Ehegesetze, in so weit sie sich mit den Grundsätzen der katholischen Kirche nicht vereinbaren lassen, hervorgehen würden.

---

1. Grundsätze des Code Napoléon in Hinsicht der Ehe.

§. 1.

Das erste Hauptstück im ersten Buche fünften Titel verordnet die Bedingungen, an welche die Berechtigung zur Abschließung einer gültigen Ehe gebunden wird in Hinsicht des Alters, der Verwandtschaften und Einwilligung der Eltern oder Vormünder, oder des Familienraths, oder deren Begrüßung. Die Einwilligung der Eltern ꝛc. wird bei Ehen der Minderjährigen, ihre Begrüßung bei Ehen der Großjährigen als wesentlich erfordert.

Hierbei hatte der französische Gesetzgeber ohne Zweifel die Absicht, die leichtsinnige Abschließung von Ehen zu erschweren. Ob aber hierbei dem Zwange der Eltern, der Vormünder oder des Familienraths hinlänglich vorgebaut sey, mag hier unerörtert bleiben. Vielmehr sind die verbotenen Verwandtschaftsgrade dergestalt vermindert, daß die Geschwisterkinder sich ohne Dispense heirathen dürfen, wahrscheinlich um die Ehen zu erleichtern. Hier träte eine Collision mit noch bestehenden kirchlichen Verwandt-

schaftsgraden ein, die bisher in Deutschland dem päpstlichen Stuhle vorbehalten sind. Uebrigens scheinen die zwei Gründe, aus welchen die alten Gesetzgeber zwischen Geschwisterkindern die Ehe untersagten, noch jetzt in voller Kraft zu bestehen. Diese zwei Gründe sind, um den vertrauten Umgang zwischen Geschwisterkindern, die so oft Genossen des nämlichen Hauses sind, für Moralität ungefährlich zu machen und um zu hindern, daß nicht die Glieder der nämlichen Familie aus Eigennutz (um das Vermögen beisammen zu behalten) sich untereinander verehelichen.

§. 2.

Das zweite Hauptstück a. a. O. des Code Napoléon setzt die Formalitäten fest, die bei Schließung der Ehe beachtet werden sollen. Weil die verbotenen Verwandtschaftsgrade vermindert sind, so werden zwar auch die Aufgebote auf zwei herabgesetzt; hingegen kann nur vom zweiten Aufgebote dispensirt werden, weil das Aufgebot nicht blos wegen der verbotenen Verwandtschaftsgrade, sondern nach der französischen Gesetzgebung vorzüglich wegen der mancherlei Einsprüche nöthig ist, die nach dem dritten Hauptstücke des fünften Titels gegen eine abzuschließende Ehe gemacht werden können. Doch wird das Aufgebot zur wesentlichen Gültigkeit der Ehe nicht gefordert (§. 192); zufolge des §. 165 muß übrigens der Contract der Ehe vor dem Civilbeamten geschlossen werden. Hierdurch gewinnt sie Rechtswirkung. Die Form der erforderlichen Beurkundung der Ehen ist schon vorher im dritten Hauptstücke des zweiten Titels ausführlich angeordnet. Von dem Erfordernisse (welches die Kirche mit Einstimmung des Staats festgesetzt hat), daß die Ehe coram parocho proprio geschlossen werden müsse, um gültig zu seyn, schweigt der Code Napoléon. Hierdurch entsteht die Collision, daß eine Ehe bürgerlich rechtmäßig anerkannt werde, wenn sie gleich kirchlich ungültig ist.

§. 3.

In dem vierten Hauptstücke wird bestimmt, wem es zustehe,

auf Ungültigkeit der Ehe zu klagen, und wie diese Klage eingelegt werden müsse. Die Berechtigung zu dieser Klage wird zwar ziemlich beschränkt, merkwürdig aber ist, daß, wenn Niemand auf Nichtigkeit der Ehe klagt, die nichtige Ehe, wenn auch ihre Nichtigkeit gewiß wäre, in Kraft belassen wird. Jedoch wird für solche Fälle im §. 190, unter Beschränkungen, den kaiserlichen Anwälten der Auftrag ertheilt, von Amtswegen auf Nichtigkeitserklärung anzutragen. Eine für ungültig erklärte Ehe hat nach §. 201, wenn sie bona fide geschlossen worden ist, dennoch sowohl in Ansehung der Ehegatten, als der Kinder, die nämlichen Wirkungen einer gültigen Ehe.

§. 4.

Der sechste Titel handelt von der Ehescheidung (vom Band) und unterscheidet zwischen der wegen bestimmter Ursachen, und der wegen beiderseitiger Einwilligung der Ehegatten. Unter die Ursachen, aus denen auf Ehescheidung geklagt werden kann, werden gerechnet:

1) Ehebruch auf Seite der Frau.

2) Haltung einer Beischläferin im eigenen Hause auf Seite des Mannes.

3) Für beide Theile, die an einem Theile vom andern begangenen Excesse — harte Mißhandlungen und andere grobe Injurien, und die Verurtheilung eines der Ehegatten zu einer entehrenden Strafe. Die wechselseitige beharrliche Einwilligung beider Ehegatten soll, in Ansehung ihrer, als vollgültiger Grund zur Ehescheidung betrachtet werden, wenn sie auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art, unter den darin bestimmten Bedingungen, nach Erfolg der vorgeschriebenen Proben, erklärt worden ist und vollständig beweist, es sey ihnen unmöglich, miteinander zu leben. Die Wirkungen dieser Ehescheidung werden unter anderm dahin bestimmt:

1) Daß die geschiedenen Ehegatten, welches auch immer die Ursache der Scheidung gewesen sey, sich nie wieder miteinander verheirathen können.

2) Daß, wenn die Scheidung wegen bestimmter Ursachen erfolgt, der geschiedene Mann sich gleich, die geschiedene Frau aber erst zehn Monate nach ausgesprochener Scheidung wieder verheirathen darf.

3) Daß von den auf beiderseitige Einwilligung geschiedenen Ehegatten keiner vor Umfluß dreier Jahre zu einer neuen Ehe schreiten kann.

4) Daß bei der gerichtlichen Ehescheidung wegen Ehebruchs der schuldige Theil sich nie mit seinem Mitschuldigen verehelichen kann.

5) Daß in jedem Falle einer Ehescheidung die Kinder in der Regel demjenigen Ehegatten überlassen werden, der die Ehescheidung ausgewirkt hat.

Das fünfte Hauptstück des sechsten Titels enthält endlich die Bestimmungen über die Scheidung von Tisch und Bett, nämlich:

1) In dem Falle, wo die Klage auf Ehescheidung wegen bestimmter Ursache stattfindet, steht es dem Ehegatten frei, auf Scheidung von Tisch und Bett zu klagen, sie findet aber auf bloße Uebereinkunft bei den Ehegatten nicht Statt.

2) Die Scheidung von Tisch und Bett zieht allemal die Gütersonderung nach sich.

3) Die Scheidung von Tisch und Bett kann unter gewissen Einschränkungen nach drei Jahren in gänzliche Ehescheidung verwandelt werden.

Der Fall, wo gänzliche Ehescheidung stattfindet, muß nach diesen Grundsätzen des Code Napoléon häufig eintreten und die Ehescheidung von Tisch und Bett ist nach denselben als ein Uebergang zur gänzlichen Scheidung anzusehen. Wie unvermeidlich diese Grundsätze mit den Grundsätzen der katholischen Kirche in Gegenstoß gerathen, erhellt aus folgender Darstellung.

2. Grundsätze der katholischen Kirche in Hinsicht der Ehe.

Die katholische Kirche lehrt von der Ehe: 1) sie sey unauflöslich; 2) sie sey nur dann gültig, wenn sie von dem eigenen rechtmäßigen Seelsorger geschlossen ist; 3) über die von der Kirche festgesetzten, die Gültigkeit der Ehe hindernden Verwandtschaftsgrade müsse von der Kirchenbehörde dispensirt werden, damit eine gültige Ehe geschlossen werden könne.

A. Unauflöslichkeit der Ehe. Die Gründe, aus welchen die katholische Kirche auf dem Grundsatze der Unauflösbarkeit fest beharrt, sind folgende:

Aus den verschiedenen Stellen des neuen Testaments bei Matthäus (V, 32), Markus (X, 2—12), Lukas (XVI, 18) und in den Briefen des Apostels Paulus (I. Kor. VII, 10 etc. Röm. VII, 1 etc.) erhellet bestimmt und deutlich, daß Christus die Unauflöslichkeit der Ehe als einen wesentlichen Grundsatz seiner göttlichen und ewigen Moral gelehrt habe. Christus ging bei seinen Aussprüchen hierüber von einem weit höhern Gesichtspunkte aus, als die Schulen der Juden Hille und Schamai, die sich blos mit Auslegungen des Gesetzes Moses abgaben, welches die Ertheilung des Scheidebriefs, jedoch mit gewisser Beschränkung, erlaubte.

Die Erlaubniß und die Abweichungen von dem Grundsatze der Unauflöslichkeit, welches die Juden dadurch rechtfertigen wollten, schrieb Jesus, als sittlich-religiöser Gesetzgeber, der Härte und Rohheit der unbeschnittenen Herzen der Juden zu, wodurch auch noch in andern Stücken der Moral große Lücken veranlaßt wurden.

Die Ehe ist zwar einer dreifachen Ansicht unterworfen: als bloß moralische Handlung, als bürgerlicher Contract und als ein Sakrament.

Allein nicht erst durch die Eigenschaft eines Sakraments ist die Ehe unauflöslich geworden; das Sakrament verleiht nur

göttliche Gnade zur Erfüllung der Pflichten der Ehe; diese war von jeher unauflöslich, ehe noch das Sakrament eingesetzt war. Die Unauflöslichkeit der Ehe gründet sich in ihrer sittlichen Natur und in der positiven geoffenbarten Lehre Gottes, von welcher die Lehre der Natur ihre Sanktion erhielt; quod deus conjunxit, homo non separet.

Nach bloßen Begriffen des äussern Rechts ist zwar jeder Contract gewisser freiwillig gewählter Bedingungen empfänglich und somit auflösbar. Damit aber ein Contract vor dem Richterstuhle reiner Moral sittlich gut sey, darf er schlechterdings keine unmoralische Bedingungen enthalten. Eine solche Bedingung wäre beim Ehevertrage die Auflösbarkeit der Ehe durch eine andere Ursache, als den Tod des einen Ehegatten. Aeltere und neuere philosophische Sittenlehrer, unter diesen auch Kant und seine Schule, vertheidigen diesen Grundsatz aus Gründen der Vernunft, wie die heiligen Väter aus Gründen der heiligen Schrift.

Ohngeachtet der Dunkelheit, die über der Geschichte der ersten Jahrhunderte der Kirche liegt, erhellet doch aus den angeführten Stellen des Apostels Paulus, daß unter den ersten Christen von Ehescheidungen nichts bekannt war, wenigstens nicht mit der Wirkung, daß ein Theil zu einer andern Ehe schreiten durfte. In der Folge sind freilich auch manche Christen in einzelnen Fällen hiervon abgewichen, aber im Ganzen nicht ohne ernste Mißbilligung der Kirchenvorsteher. Die Gesetze, welche dergleichen Ehescheidungen vom Bande zuließen, waren politische, nicht kirchliche Gesetze.

Auch sehen wir die heiligen Kirchenväter, namentlich Origines, Hieronymus, Johann Chrisostomus, Augustin und Ambrosius, so wie auch die Concilien frühzeitig gegen die Ehescheidungen dieser Art mit Nachdruck eiferen. Aliae sunt leges caesarum, sagt hierüber Hieronymus, aliæ Christi, aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit. Hieron. epist. ad Ocean. Wenn in der Folge von einigen Kirchenvorstehern die Scheidung vom Bande wegen des Ehebruchs aus unrichtiger

Auslegung der Stelle bei Matthäus und vielleicht auch durch die Erschlaffung der Kirchenzucht ihres Zeitalters zugegeben wurde, so machten andere Kirchenvorsteher, besonders im Occident, immer mehr den alten Grundsatz der Unauflösbarkeit der Ehe ohne Ausnahme geltend.

Beim Kirchenrathe zu Trient kam die Frage von der Unauflösbarkeit der Ehe zur Discussion. Sein Ausspruch verdammt in der XXIV. Sitzung Can. 7 de sacram matrim. jeden, der lehrt, daß die Kirche irre, indem sie lehrt, daß gemäß der evangelischen und apostolischen Lehre das Band der Ehe wegen des Ehebruchs des einen Ehegatten nicht aufgelöst werden könne, und es sey weder beiden Ehegatten, oder auch nur dem unschuldigen Theile erlaubt, bei Lebzeiten des anderen Theiles eine andere Ehe zu schließen; daß mithin derjenige Ehebruch begehe, der nach Entlassung der ehebrecherischen Frau eine andere heirathet; so wie diejenige, die nach Entlassung des Ehebrechers mit einem andern sich verbindet.

Da der Kirchenrath diesen Kanon in Beziehung auf die angeführten Stellen der heiligen Schrift gefaßt hat und dessen Inhalt eine evangelische und apostolische Lehre nennt, so kann der Kanon nicht als bloß disciplinarisch betrachtet werden, sondern als eine Einschärfung der evangelisch-apostolischen Sittenlehre. Der Kirchenrath hatte hierbei weder den bürgerlichen Contract der Ehe, noch das Sacrament, sondern die moralische Handlung, das natürliche, sittliche Band der Ehe überhaupt im Auge. Nicht das Sacrament, denn der Kanon sagt wörtlich: matrimonii vinculum non posse dissolvi; nicht den bürgerlichen Contract, denn in dem ersten Hauptstücke des Dekrets de reformat. matrimonii wird einerseits erklärt, daß für sich selbst und ohne andere Entscheidung der Kirche (um Mißbräuche zu verhüten) die Winkelehen als gültige Ehen zu betrachten wären.

Zwar blieben die unirten Griechen auch nach dem Concilium von Trient bei ihrer Sitte, nach welcher der Ehebruch das Band

der Ehe trennt; allein diese Sitte ist von dem Kirchenrathe nicht gutgeheißen worden, die Päpste haben sie jederzeit getadelt und die Kirche duldet sie nur gleichsam, wie Gott den Scheidebrief der Juden wegen ihrer Härte und Rohheit zuließ.

Was insbesondere die vermischten Ehen zwischen Personen verschiedener Confession betrifft, so bieten sich nachstehende Bemerkungen dar. Nach den Grundsätzen der katholischen Kirche ist die Ehe eines Katholiken mit einer geschiedenen Protestantin noch bei Lebzeiten des andern Theiles unzulässig. Durch ein Gesetz, welches dergleichen Ehen als gültig sanctionirte, obgleich es unmittelbar nur bürgerliche Folgen bezielt, würden die Grundsätze der katholischen Kirche beeinträchtigt, indem es die Katholiken einladen, oder ihnen doch den Weg öffnen würde, den Grundsätzen ihrer Kirche untreu zu werden. Eben dadurch würde auch die Absicht der Beförderung verfassungsmäßiger Toleranz geradezu verfehlt, indem es dem Grundsatze der protestantischen Confession in Hinsicht der Auflösbarkeit der Ehe über den Grundsatz der katholischen Kirche ein für diese sehr nachtheiliges Uebergewicht rechtlicher Folgen einräumte. Dagegen würde, wenn die Ehe katholischer Personen mit geschiedenen Protestanten, deren geschiedener Gatte noch lebt, fernerhin nicht nur von der Kirche, sondern auch von der weltlichen Gewalt in bürgerlicher Hinsicht verboten bliebe, dem protestantischen Grundsatze in seinen rechtlichen Grenzen nicht die mindeste Kränkung widerfahren. Der Protestant sowohl, als der Katholik, würden in ihren Grundsätzen geschützt und inner den Schranken der Ordnung erhalten, welche die Verfassung ihrer Kirche mit sich bringt.

B. Der Code Napoléon, als bürgerliches Gesetzbuch, thut keine Erwähnung von den Forderungen der Kirche in Hinsicht der Gültigkeit der Ehe. Hierdurch entsteht in Ansehung der katholischen Kirche eine Collision, so oft katholische Personen diese Erfordernisse übergehen. Dieser Collision würde ausgewichen, wenn in den auf deutsche Staaten adoptirten Code der Grundsatz aufgenommen würde: die Gültigkeit der Ehe wird in jeder Reli-

gionsconfession von dem Staate als an diejenigen Bedingungen gebunden anerkannt, die aus den bestehenden Grundsätzen dieser Confession oder Kirche hervorgehen.

Diesem Grundsatze spricht der Geist ächter Toleranz das Wort, indem er jede Religionsconfession des unpartheiischen Schutzes der Gesetze versichert, dessen sie nicht in vollem Maße theilhaftig wird, wenn ihren öffentlichen Bekennern die Freiheit gelassen wird, ihre wesentlichen Vorschriften in Hinsicht der Ehen hintanzusetzen. Ueberdieß gereicht es dem Staate selbst zum wahren Vortheile, wenn jede Ehe auf die Art eingegangen wird, die den Religionsgrundsätzen der Contrahenten gemäß ist.

Das in jedem Betracht Wichtigste in dieser Angelegenheit betrifft:

3. die Wirkungen, welche die Einführung der Grundsätze des Code Napoléon hinsichtlich der Ehe in Deutschland auf die Moralität hervorbringen würde.

Im Ganzen ist die Trennung von Eheleuten jedesmal als ein sehr bedeutendes Familienunglück anzusehen, welches, da der Staat aus Familien besteht, auch für diesen ein wahrer Nachtheil ist. Der schädliche Einfluß solcher Trennungen erstreckt sich auf das sittliche und ökonomische Wohl der Haushaltungen und besonders auf die Erziehung der Kinder. Der Staat ist also nicht minder, als die Kirche, interessirt, alle Trennungen so viel als möglich zu verhindern.

Eine Gesetzgebung mithin, die solche Trennungen begünstigt, läßt sich nur dadurch rechtfertigen, daß sie für die Verhältnisse entstanden ist, in welchen zwischen zwei Uebeln die Wahl getroffen werden mußte. Bereits oben ist aber gezeigt worden, daß die Nothdurft, eine solche Wahl zu treffen, in deutschen Staaten nicht Statt habe. Es wird zwar allerdings immer Fälle geben, wo eine persönliche Trennung von Eheleuten nothwendig ist, weil ferneres Beisammenleben für sie selbst eine Hölle würde und für die Familie überhaupt verderblich wäre. Eine solche temporäre

oder lebenslängliche Trennung bleibt aber dennoch immer ein Familienunglück und die Vervielfältigungen solcher Trennungen wird eine weise Gesetzgebung immer, so viel es die Verhältnisse gestatten, zu verhüten bedacht seyn.

Wird aber die Scheidung vom Bande in gewissen Fällen erlaubt, so werden die Trennungsgesuche nur vervielfältigt, die Nachtheile dieser Trennungen für die Familien nicht gut gemacht, sondern vielmehr noch bedeutend vergrößert. Auch die Scheidung von Tisch und Bett, die in der katholischen Kirche in gewissen Fällen üblich und zuläſſig ist, muß als ein wahres Familienunglück betrachtet werden.

Doch bleiben bei derselben in der Regel beide Theile für das Beste der Kinder interessirt und da mit den Scheidungen von Tisch und Bett bisher keine Güterabsonderung verbunden war, so blieb der Weg zur Aussöhnung und Wiedervereinigung immer ohne Hinderniß geöffnet. Auch werden durch die Unzuläſſigkeit der Scheidung vom Bande die Trennungen von Tisch und Bett seltener gemacht, weil sie nie die Aussicht gewähren, zu einer andern Ehe schreiten zu können. Wird hingegen beiden Theilen vergönnt, zu einer andern Ehe zu schreiten, so wird es im Ganzen äußerst schwer, die Interessen der neuen Ehe mit dem Interesse der Kinder aus der ersten Ehe zu vereinigen.

Durch die Aussicht auf die Möglichkeit der Scheidung vom Bande und Eingehung neuer Ehen erhält der Leichtsinn in Abschließung der Ehen mehr Aufmunterung als Einschränkung; der eheliche Friede und die Treue in der Ehe werden durch diese Aussicht neuen Störungen ausgesetzt, indem die ungeregelten Leidenschaften in der Auflöslichkeit des ehelichen Bandes die festesten Schranken verlieren, die Unverträglichkeit in der Ehe aber unterhalten und verstärkt wird; wogegen der Gedanke an die Unauflöslichkeit die Unverträglichkeit im Keime zu ersticken und die Leidenschaft zu mäßigen und zu besänftigen vermag. Auch in unglücklichen Ehen fanden bei bestehender Unauflöslichkeit die Leidenden einen großen Trost in der Sorgfalt für die Kinder und

die erkaltete oder verloschene Liebe zwischen den Ehegatten kehrte sich oft desto lebhafter und wohlthätiger auf das Wohl der Kinder. Durch die Erlaubniß zur Scheidung vom Bande hingegen wird mehr der physische Wollusttrieb, als die Sorgfalt für die Erziehung und das sonstige Wohl der Kinder begünstigt.

Da übrigens in der katholischen Kirche die kirchliche Behörde zur Scheidung vom Bande und zur Schließung von Ehen, wobei die Erfordernisse der katholischen Lehre außer Acht gesetzt würden, nicht mitwirken könnte; so würden durch Einführung der erwähnten Grundsätze der französischen Gesetzgebung die Katholiken auf das Höchste geärgert und größtentheils zu dem Gedanken verleitet werden, daß den Regierungen an Aufrechthaltung der religiösen Grundsätze wenig gelegen sey. Der Nachtheil, der hieraus auf das Vertrauen und die Wirksamkeit der Regierungen hervorgehen würde, ist für sich selbst klar. Unter der verfeinerten Klasse würde wahrscheinlich nach und nach die Idee von religiöser Heiligkeit der Ehe verschwinden. Dieser religiöse Indifferentismus würde bald auch, zumal in Städten, unter der gewerbetreibenden Klasse einreißen, die ohnehin im Ganzen von einem starken Hang zur Sinnlichkeit beherrscht wird.

Ueberhaupt wäre nicht zu vermeiden, daß durch den Grundsatz: „die Ehe, die vor dem Civilbeamten geschlossen sey, habe volle bürgerliche Kraft," das Ansehen jener höheren Sanction, welche die Ehe von der Religion empfängt, tief herabgesetzt und geschwächt würde. Der Staat hätte dermalen ein weit größeres Interesse, diese religiöse Sanction der Ehe zu verstärken, als schwächen zu lassen; da ohnehin so viele Umstände zusammenwirken, um die Bande der Moralität zu lösen oder lockerer zu machen und den Trieben der Sinnlichkeit freieren Spielraum zu eröffnen.

In Frankreich hat die dort bestehende Gesetzgebung die Folge, daß die Bischöfe und untergeordneten Seelsorger sich in die Nothwendigkeit versetzt sehen, diejenigen, die Eheverbindungen eingehen, welche zwar das Civilgesetzbuch für gültig anerkennt, die

Kirche hingegen verwerfen muß, von der Gemeinschaft der Kirche und dem Gebrauche der Sacramente auszuschließen. Wie wenig die Einführung eines solchen öffentlichen, durch häufige Thatsachen kundgemachten Widerspruchs zwischen Staat und Kirche in Deutschland dem wahren Interesse der Völker und der Regierung, der Ruhe und sittlichen Ordnung entsprechen würde, bedarf wohl keines Beweises.

In Erwägung aller dieser Verhältnisse haben Seine Hoheit der Herr Fürstprimas dem Unterzeichneten den Auftrag ertheilt, Sr. . . . den angelegensten Wunsch vorzutragen, daß bei Einführung des Code Napoléon in Allerhöchstihren Staaten in Hinsicht der die Ehe betreffenden Artikel solchen Modificationen möchte Statt gegeben werden, welche geeignet sind, nachtheilige Collisionen zwischen dem Staate und der katholischen Kirche zu verhüten.

Durch dergleichen Modificationen geschieht der Achtung für das französische Gesetzbuch eben so wenig Eintrag, als durch so manche andere Modificationen, die in anderer, bloß politischer Hinsicht, wegen Verschiedenheit der Verhältnisse, in deutschen Ländern und französischen Staaten Platz greifen dürften.

Se. Hoheit wünschten sehr, daß Se. . . . sich mit Ihnen auf folgende Grundsätze vereinigen möchten:

1) Die Gültigkeit der Ehe wird für die Angehörigen jeder Religionsconfession von dem Staate als an diejenigen Bedingungen gebunden anerkannt, die aus bestehenden wesentlichen Grundsätzen dieser Confession oder Kirche hervorgehen.

2) Ehen zwischen Personen verschiedener Confession werden vom Staate nur dann für gültig anerkannt, wenn die nach der Confession beider Contrahenten wesentlichen Erfordernisse erfüllt sind.

3) Der Staat erklärt die von der Kirche gemachten Bestimmungen:

a) daß zur Gültigkeit der Ehe die Schließung derselben von dem eigenen rechtmäßigen Seelsorger erforderlich sey;

b) daß die Ehe zwischen Geschwisterkindern ohne erfolgte Dispense nicht Statt finden dürfe,

auch als Grundsatz der Civilgesetzgebung.

4) In Hinsicht der Scheidung gilt der allgemeine Grundsatz: die Scheidung der Ehe in Hinsicht des Bandes kann nur durch ihre Nichtigkeitserklärung rechtlich begründet werden. Die Nichtigkeitserklärung wird aber an die wesentlichen Grundsätze jeder Religionsconfession über die Gültigkeit und Kraft der Ehe gebunden.

5) Sind die Eheleute verschiedener Confession, so kann die Nichtigkeitserklärung nur in Ansehung desjenigen Theils, nach dessen Confession die Nichtigkeitserklärung zulässig ist, in Beziehung auf das Eheband selbst die rechtliche Wirkung der Zulassung einer andern Ehe hervorbringen.

Mit unbeschränktem, ehrerbietigem Vertrauen wenden sich Se. Hoheit in dieser Angelegenheit an Se. . . ., weil Allerhöchst Dieselben unter den erhabenen Mitgliedern des rheinischen Bundes ganz vorzüglich interessirt sind, die Verfassung der katholischen Kirche und ihren harmonischen, wohlthätigen Verband mit der politischen Verfassung in deutschen Landen aufrecht zu erhalten.

Se. Hoheit glauben auch mit voller Zuversicht von den persönlichen erhabenen Gesinnungen Sr. . . . erwarten zu dürfen, daß Allerhöchst Dieselben der katholischen Kirche den wirksamsten Schutz auch in der vorliegenden Angelegenheit ganz besonders werden angedeihen lassen."

Wir reihen an diese Betrachtung zunächst noch die Bemerkung, daß wenn die französische Gesetzgebung das kirchliche System im Eherechte auch unberücksichtigt läßt, sie darum nicht nothwendig auf der entgegengesetzten Ansicht der Kirche beruht und sich nicht damit in directen Widerspruch setzt. Viel bedenklicher sind jene bürgerlichen Gesetze, welche die canonischen Bestimmungen in der Weise berücksichtigen, daß diejenigen, welche dem Staate für seine Zwecke bequem scheinen, zur Beobachtung vorgeschrieben, andere aber als unerheblich bei Seite gesetzt werden; und doppelt

bedenklich, wenn die Auswahl sich aus der vorzugsweisen Berücksichtigung einer bestimmten Confession deshalb erklären läßt, weil deren Lehre als die herrschende im bürgerlichen Gesetze sich darstellt. Dann leidet das bürgerliche Gesetzbuch an einem mehrfachen Gebrechen. Es verläßt den allgemeineren Standpunkt, den es über den Confessionen bei religiösen und kirchlichen Angelegenheiten unverbrüchlich zu nehmen hat, weil in einer solchen Maxime nur scheinbare Unterstützung des kirchlichen Systems, in der That eine prinziplose Subordination der Kirche liegt, indem dadurch nicht einmal bloß indirect, sondern recht ausdrücklich der Weg gebahnt und angewiesen ist, auf dem man sich über die Anordnungen der Kirche mit Beifall und Unterstützung des Staates hinwegsetzen darf und kann. Ist die kirchliche Lehre aber nach dem Glauben und der Ueberzeugung der Kirche und ihrer Mitglieder eine auf göttlicher Offenbarung beruhende, dann untergräbt das bürgerliche Gesetz die tiefsten Fundamente der Religion, indem es den Grundsatz sanctionirt, daß der Staat unter den geoffenbarten Wahrheiten unterscheiden und sie theilweise als erheblich, theilweise als gleichgültig betrachten dürfe. Auf solcher Bahn gelangen die Staatsangehörigen zu leichtsinniger Verachtung der Religion, zum Indifferentismus und endlich zu völliger Irreligiosität.[1])

Der Staat, welcher so sehr von der Nothwendigkeit einer religiösen Ausbildung der Staatsangehörigen durchdrungen ist, daß er durch Zwang die Theilnahme an dem Jugendunterrichte der anerkannten und selbst geduldeten Kirchen und Glaubensbekenntnisse vermittelt, staatswegen darauf dringt, daß jeder Staatsangehörige sich auch äußerlich zu einem kirchlichen Vereine oder einer geduldeten Secte bekennt und den Eid, dieses in vielen Beziehungen im Staatsleben unentbehrliche religiöse Mittel, den religiösen Ueberzeugungen der Unterthanen durchaus entsprechend

---

[1]) Vgl. Staudenmaier, zum religiösen Frieden der Zukunft. Freib. 1846. II. S. 344 f.

einrichtet und das Alles doch aus keinem andern Grunde, als weil die Macht der religiösen Ueberzeugung die zuverlässigste Garantie und Trägerin aller Bürgerpflichten ist; geräth dieser Staat nicht mit seiner ganzen Richtung in Widerspruch, wenn er dann wieder gerade bei dem, der Kirche und dem Staate gleich wichtigen und interessanten, Institute der Ehe, einem der wichtigsten sittlichen Fundamente beider, des Staates und der Kirche, einem Institute, das die Keime aller Bürgertugenden und aller sittlichen und religiösen Ueberzeugungen legen, pflegen und fördern soll, auf den Boden religiöser Gleichgültigkeit, des Indifferentismus, zu bauen, den Vermittler und Beschützer macht?

Es ist mir, nach öfterer reiflicher Erwägung zu berücksichtigender Verhältnisse, nicht mehr zweifelhaft, daß bei dem Stande der Dinge in Deutschland, bei der großen Mischung der Confessionen, der Stellung der Regierungen zu denselben und besonders dem staatsgrundgesetzlich festgestellten Rechtsverhältnisse der anerkannten Kirchen und geduldeten Secten, mit dem bestehenden Rechte in Deutschland kein anderes System, als daß im v. Wessenbergischen Gutachten vertheidigte vereinbar ist, dem sich erst dann, wenn es keine Anerkennung findet, das von der französischen Gesetzgebung angenommene am meisten annähert.

Beide Systeme haben außerdem den entschiedenen Vorzug, daß sie jede Collision zwischen Kirche und Staat vermeiden, das eine dadurch, daß es die kirchliche Seite der Ehe ganz unberührt und die Mitwirkung der Kirche rein der freien Selbstentschließung der Brautleute anheimgestellt läßt, das andere dadurch, daß es, die Beihülfe der Kirche in Anspruch nehmend, dieser aber auch das Urtheil über Zulässigkeit, Abschluß und Dauer der Ehe in zureichendem Maße einräumt.

Die Richtigkeit der Auffassung bewährt sich besonders dadurch, daß alle Versuche, beide Systeme in der Weise miteinander zu vereinigen, daß eine doppelte Abschließung der Ehe, sowohl nach kirchlichen, als nach bestimmten Formen des bürgerlichen Gesetzes, entweder allgemein als Regel eingeführt, oder eine bürgerliche

Schließungsform, als eine subsidiarische für Fälle der Collision mit der Kirche, reservirt worden ist, stets zu Conflicten zwischen Kirche und Staat geführt, das Gegentheil von dem, was die Gesetzgebung beabsichtigt, bewirkt und genöthigt hat, zu einem der einfacheren Systeme wieder zurückzukehren.

Bei Gelegenheit der Besprechung des Großherz. Hessischen Entwurfs des bürgerlichen Personenrechts in der Anwalt-Zeitung[1]) wird der Vorschlag gemacht, die kirchliche Trauung nicht bloß nach der bürgerlichen zuzulassen, sondern sie zur vorausgehenden Bedingung für die nachfolgende bürgerliche zu machen und davon nur in dem einen Falle frei zu sprechen, wenn die Verlobten nachweisen, daß ihr zuständiger Geistlicher die kirchliche Trauung verweigert habe, aber keiner Ehe die Anerkennung und den Schutz des Staates zu gewähren, welche nicht auch bürgerlich vollzogen sey.

Dieser Vorschlag fand aber in derselben Zeitung[2]) Widerspruch; er wurde für eine Abnormität erklärt und hinzugefügt: der Werth der kirchlichen Trauung würde hierdurch heruntergesetzt und es würde, da der Staat in der nachfolgenden bürgerlichen Trauung die kirchliche als unzureichend anerkenne, auch beim Publikum leicht die Vorstellung erzeugt werden, daß die kirchliche nicht genüge.

Die letzten Gründe für die Güte dieses Vorschlages, insofern er kirchliche Trauung allgemein empfiehlt, sind begreiflich dieselben, welche dafür überhaupt geltend gemacht werden und nur die Fragen: ob beide Trauungsarten nebeneinander und in welcher Reihenfolge sie angenommen werden sollten? kommen hier zunächst in Betracht.

---

[1]) April 1845. Nr. 17. S. 265.

[2]) E. Hoffmann in der Anw.-Zeit. Juli 1845. Nr. 27. S. 429. Hierauf erfolgte von dem Verfasser des Vorschlags (als welchen man den nun verstorbenen Hrn. Hofgerichtsadvokaten H. K. Hoffmann in Darmstadt nennt) eine nähere Erläuterung (Sept. Nr. 37), die im Wesen des Vorschlags nichts ändert.

In dieser Beziehung ist es interessant, darauf aufmerksam zu machen, daß ähnliche Versuche in Belgien und Baden[1]) schon in Ausführung gebracht worden sind, die Erfolge aber den Erwartungen nicht überall entsprochen zu haben scheinen.

Nachdem Belgien durch den Pariser Vertrag vom 31. Mai 1814 von Frankreich getrennt worden war, wurde unter dem 21. October 1814 folgende Verordnung erlassen:

»Sur le rapport de notre commissaire de l'intérieur en Belgique, duquel il résulte, que, dans quelques communes, les habitans négligent de faire inscrire les actes qui doivent servir à constater leur état et que même quelques maires se refusent à cette inscription;

»Considérant, que le défaut d'inscription de ces actes expose une foule d'individus à n'avoir aucune preuve légale de leur filiation, de leurs droits successifs, etc....;

»Considérant, que l'exécution des lois existantes, relativement à la tenue des registres des naissanees et des décès, ne se trouve jamais en opposition avec les principes du culte catholique; mais qu'il n'en est point de même des lois relatives à l'inscription des actes de mariage, puisque, sous la législation actuelle, l'officier de l'état civil peut unir en mariage des personnes entre lesquelles il existe des empêchemens canoniques;

»Voulant remédier, par des dispositions provisoires, en attendant qu'une révision générale des lois existantes puisse avoir lieu, aux inconvéniens qui résultent de la non-inscription des actes de l'état civil et prévenir en même temps ceux, qui pourraient naître, pour les habitans catholiques, du maintien des principes relatifs à la célébration du mariage considéré comme contrat social,

---

[1]) Auch in dem zu dem ehemaligen Gouvernement Berg früher gehörigen Theil der Rheinlande war durch Verordnung vom 25ten August (6. Sept.) 1814 (gegen Code pénal Art. 199. 200) festgesetzt, daß die kirchliche Trauung der bürgerlichen vorhergehen solle.

»Notre conseil privé entendu, avons arrêté et arrêtons :

»Art. 1. Les lois existantes relatives à l'inscription des actes de l'état civil, sont maintenues et confirmées en tant de besoin, sauf les modifications portées par l'article suivant.

»Art. 2. A dater de la publication du présent arrêté, tout individu catholique qui voudra contracter mariage, sera tenu de se pourvoir d'une déclaration du curé, ou d'un prêtre autorisé par lui ou par l'ordinaire de laquelle il constate qu'il n'existe aucun empêchement canonique à l'union des futurs époux.

»L'officier de l'état civil ne pourra remplir les fonctions qui lui sont attribués par les art. 74, 75 et 76 du Code, que sur la présentation de cette déclaration, qui restera annexée à l'acte dressé par lui.

»Art. 3. Il est enjoint aux intendans, procureurs criminels, procureurs civils, maires et adjoints, de veiller, chacun en ce qui le concerne, à la régularation des régistres des actes de l'état civil de l'année courante, à la tenue exacte des dits registres pour l'avenir et à l'exécution des dispositions pénales qui y sont relatives.

»Nos commissaires généraux de l'intérieur et de la justice nous mettrons sous les yeux les noms de ceux de ces fonctionnaires, qui auraient négligé cette partie des devoirs de leur place; le tout sans préjudice des peines, amendes et dommages intérêts, qu'ils peuvent avoir encourus ou qu'ils pourraient encourir par la suite.« [1])

Aber schon unter dem 7. März 1815 erfolgte folgende Verordnung:

„Revu notre arrêté du 21 Octobre dernier;

„Considérant que la déclaration exigée par l'art. 2 de cet arrêté a fourni à plusieurs curés le moyen de s'opposer

---

[1]) Journal officiel du royaume de Pays-Bas. T. III. p. 281.

à la célébration du contrat civil de mariage, en la refusant sans alléguer aucun empêchement canonique;

»Considérant que le mariage, comme contrat civil, n'est soumis qu'à la puissance civile séculière et que l'autorité ecclésiastique n'a aucun droit d'en empêcher l'exercice;

„Considérant que, nonobstant le pouvoir qui compéte à la puissance séculière sur les actes civiles des mariages, il n'est pas cependant dans notre intention de nous immiscer en ce que la religion établit pour sanctifier les mariages, mais de laisser à cet égard l'entière liberté aux ministres des cultes.

„Sur le rapport de nos commissaires généraux de la justice et de l'intérieur, notre conseil privé entendu, avons arrêté et arrêtons:

»Art. 1. L'art. 2 du notre arrêté du 21 Octobre dernier et rapporté.

»Les autres articles du même arrêté sont provisoirement maintenus, sauf l'art. 3, en ce qui est contraire à l'article suivant du présent arrêté.

„L'art. 54 de la loi du 18 Germinal an X, sur l'organisation des cultes, ainsi que les art. 119 et 120 du Code pénal, et toutes autres dispositions qui exigent que le mariage devant l'officier civil soit préalable à la bénédiction nuptiale ou cérémonie religieuse du mariage, sont abrogés; néanmoins l'acte du mariage devant l'officier de l'état civil établira seul la légitimité des enfans, les droits entre les contractans comme époux et les autres effets civils.“ [1])

Schon am 10. Januar 1817 führt der König durch ein Gesetz die Einrichtung des französischen Rechts wieder ein:

„Ayant pris en considération, y est il dit (c'est le roi des Pays-Bas qui parle), que nos arrêtés du 21 Octobre 1814

---

[1]) Journ. off. de royaume des Pays-Bas. T. 4. p. 171.

et du 7 Mars 1815, relatifs à la célébration des mariages, n'ont pas été publiés dans diverses parties du royaume; qu'il convient cependant que la législation, à cet égard, soit partout uniforme; et que, d'ailleurs, les susdits arrêtés ont, en plusieurs districts, donné lieu à des abus, qu'il est nécessaire de prévenir par la suite;

„A ces causes, notre conseil d'état entendu et de commun accord avec les états-généraux, avons, en révoquant les arrêtés précités du 21 Octobre 1814 et du 7 Mars 1815, statué, comme nous statuons par les présentes, que dorénavant seront de nouveau suivies et exécutées, dans toute l'étendue du royaume, les lois qui régissaient la célébration des mariages à la susdite époque du 21 Octobre 1814.“ [1])

Einen Versuch einer bürgerlichen Eheschließung als eine subsidiarische, für Fälle der Collision der Kirche mit dem Staate, hat die Großh. Badische Gesetzgebung gemacht. Die Eheordnung von 1807 erklärt nämlich die Ehe für einen bürgerlichen Vertrag und alle daraus fließende bürgerliche Gerechtsame und Verbindlichkeiten als den bürgerlichen Gesetzen unterworfen; erklärt aber zugleich, daß diese Gesetze die kirchliche Natur dieses Vertrages nicht aufheben und niemals eine solche Anwendung erhalten, womit ein Theil genöthigt würde, etwas zu thun oder zu unterlassen, wobei ihn die Grundsätze seiner Kirche für das Gegentheil verpflichten, so wie hinwiederum den Kirchengesetzen keine Anwendung gestattet werden soll, wodurch die bürgerliche Ordnungsmäßigkeit oder Gültigkeit einer den Staatsgesetzen gemäßen Verbindung angegriffen würde.

Das neue badische Landrecht behandelt, wie das demselben zu Grunde liegende französische Civilrecht, die Ehe nur in ihrer bürgerlichen Beziehung; jedoch wird im Zusatz 311 a. bestimmt:

---

[1]) Journ. T. 10. p. 3. — Merlin Repertoire de jurispr. T. VI. p. 263 seqq.

daß die Eheordnung von 1807 in jenen Rechtsbeziehungen noch fortgilt, welche neben den Anordnungen des Landrechts bestehen können. Im Einführungsedict vom 22. December 1809 werden sodann die Pfarrer sämmtlicher christlicher Confessionen in ihren Sprengeln und bei den Juden die Rabbinen, als Beamte des bürgerlichen Standes, zur Führung der Standesbücher ernannt. Aber auch hier wird unter Anderm wiederholt, daß die Pfarrer die Trauung verrichten. Mit dieser Einrichtung ist den Pfarrern eine doppelte Eigenschaft ertheilt, sie sind Pfarrer und Civilstandsbeamte zugleich. Ob hierdurch Collisionsfälle vermieden, oder ob ihre Lösung erschwert wird, das ist die Frage, welche bei Schließung und Auflösung der Ehe so oft zur Entscheidung kommen muß, als die bürgerlichen Gesetze verschieden sind von den kirchlichen.

Bei der Schließung der Ehe ist nach der Eheordnung der Pfarrer verpflichtet, die Brautleute über die Staats- und kirchlichen Hindernisse zu belehren und die Beseitigung beider zu bewirken. Würde es sich dabei treffen, daß von Staatswegen eine Ehe als zugelassen erklärt würde, welche die kirchliche Behörde eines oder des andern der Verlobten nicht autorisiren zu können meinte, so sollen sie, um ihrem Amte als Staats- und als Kirchendiener gleich gewissenhafte Folge zu leisten, zuerst den Fall an die weltliche Behörde berichten, damit bei dem Regenten darüber angefragt werde. Würde aber die oberste Staatsbehörde auf dem Befehle zur Bestätigung der Ehe bestehen, so mag es ihnen zwar allenfalls nach Befinden der Fälle erlaubt seyn, daß sie die Brautleute mit Kirchenceremonieen nicht zusammengeben, aber immer bleiben sie schuldig, nach Staatsgesetzen solche ehelich einander anzutrauen, welches in der Art geschieht, daß der Pfarrer nach der Befragung über Daseyn, Freiheit und Beharrlichkeit des ehelichen Vorhabens erklärt, daß ihm keine in Staatsgesetzen gegründeten Umstände bekannt seyen und er mithin als Staatsbeamter und von Staatswegen, ohne Folge auf eine kirchliche Billigung, die Ermächtigung gebe, als Eheleute zusammen zu

leben und sie aller Rechte und Pflichten dieses Standes theilhaftig erkläre. Diese nach Staatsgesetzen erfolgte Antrauung soll alsdann in die Ehebücher eben so eingetragen werden, als ob sie unter kirchlichem Gepränge geschehen wäre.

Hiernach hat das Gesetz für unauflösliche Collisionsfälle eine bloße Civilehe als Ausnahme von der Regel eingeführt, ein Fall; der, wie Herr Geh. Rath v. Weiler bemerkt, gleichsam den Kriegsstand zwischen Staat und Kirche herbeiführt; indem der Staat dem Verbote der Kirche offenen Widerstand entgegensetzt. Dieser Zustand muß aber auch bald sichtbar geworden und das Bedenkliche der Stellung des Pfarrers, eines zunächst kirchlichen Beamten in seiner Eigenschaft als Civilstandsbeamter zu würdigen dringend erkannt seyn, denn schon am 20. October 1807 erfolgte aus dem Großh. Geheimenrathe — Departement der Polizei — die folgende Rechtsbelehrung:

a) in denen Fällen, wo eine kanonische Ehehinderniß, sey es nun eine solche, die zugleich durch die Eheordnung als Staatshinderniß erklärt ist, oder die es nicht ist, obwältet, den Eheleuten die Nachsuchung ihrer Beseitigung als Kirchenpflicht aufgelegt bleibe, sofort auch den Pfarrern nicht zugemuthet werden könne, die Ehe als bloße Staatsehe zusammen zu geben, so lange sie sich über diese Erfüllung nicht nachweisen können, indem nur alsdann, wann ohne erhebliche Gründe eine Kirchenerlaubniß versagt würde, wo die Staatserlaubniß ertheilt wird und die nähere Vereinbarung durch Verwendung der oberen und mittleren Staatsstellen nicht erzielt werden könne, durch einen eigenen landesherrlichen Befehl, ein Fall, zu der nicht leichtlich Platz greifenden Lage qualificirt werden könnte, daß der Vollzug in via defensionis contra excessum potestatis ecclesiasticae als bloße Staatsehe gestattet werden möchte; daß

b) . . . . . .

c) in denen Fällen, wo, nach der Eheordnung, eine kanonische Hinderniß zugleich ein Staatshinderniß ist, die polizeiliche

Staatserlaubniß unabhängig von der geistlichen Dispens gesucht werden müsse; und

d) daß diese in denen Fällen nicht ertheilt werden könne, wo die Eheordnung den Fall indispensabel erklärt, weshalb

e) damit die Unterthanen mit vergeblichen Dispenssuchungen bei geistlicher Behörde nicht unnütze Kosten haben, die Pfarrer anzuweisen seyen, keine Atteſtate zum Behufe geistlicher Dispens-suchungen zu geben und in ihren Berichten, die etwa von geistlicher Behörde desfalls an sie gefordert werden, die weltliche Indispensabilität anzumerken, um damit jeder Collision zwischen der Staats- und Kirchengewalt vorzubeugen; wo hingegen

f) in den diesseits dispensabeln oder gar unverbotenen Fällen man sich desto leichter der geistlichen Dispensertheilung versichert halten könne, mithin unnöthig sey, die Staatsbewilligung und den weltlichen Trauschein zurückzuhalten, bis erst die geistliche vorgelegt ist, da hierdurch nur eine für die meisten Fälle unnöthige Weitläufigkeit aus allzuängstlicher Vorsicht eingeführt werden würde, wohl aber der Pfarrer den Ausruf darauf so lang eingestellt lassen müsse, bis zugleich die kirchliche Dispens einlangt.

Aus dieser Belehrung geht hervor, daß darum in Beziehung auf die Schließung der Ehe nicht überall ein excessus potestatis ecclesiasticae als vorhanden angenommen werden kann, wo die kirchlichen Hindernisse mit den bürgerlichen nicht in Uebereinstimmung stehen. Wann aber ein solcher Exceß vorhanden seyn soll, ist schwer zu ermitteln, weil die Belehrung, daß er nur, wenn ohne erhebliche Gründe eine Kirchenerlaubniß versagt würde, durch einen eigenen landesherrlichen Befehl in via defensionis sich herausstellt, die charakteristischen Merkmale nicht angibt, zumal die Belehrung daneben hervorhebt, daß die Lage nicht leichtlich platzgreiflich sey, einen Fall dazu durch einen eigenen landesherrlichen Befehl zu qualificiren.

Herr v. Weiler bemerkt selbst, daß es schwer seyn möchte, ein Beispiel eines solchen Excesses anzuführen, und daß die weltliche Macht äusserst vorsichtig seyn solle in der Behauptung

eines solchen Excesses, weil eine solche Behauptung leicht mit dem Dogma selbst in Collision komme, wo nämlich die Kirche sich auf ein Dogma stütze und der Staat es bestreiten wolle. Derselbe Gelehrte glaubt nun aber als Beispiel eines solchen Excesses den Fall gelten lassen zu können, wo einem Katholiken die Trauung mit einem geschiedenen protestantischen Ehetheil von der Kirchenbehörde verweigert würde und sucht diese Ansicht in folgender Weise zu begründen:

„Der Grund der Verweigerung ist hier zwar das Dogma des Sakramentes und seiner Unauflöslichkeit. Aber es wird dem Dogma Anwendung gegen eine Person gegeben, die von demselben nicht berührt wird; — die Kirchengewalt dehnt die Wirkung des Dogma auf eine Person aus, die ihr nicht unterworfen ist. Der geschiedene protestantische Theil ist nach dem Lehrbegriff seiner Kirche frei; er kann von der katholischen Kirche nicht als gebunden erklärt werden, weil sie über ihn keine Competenz hat. Man sagt freilich, das Verbot sey nicht gegen den Protestanten, sondern gegen den Katholiken gerichtet. Aber der Grund des Verbotes ist das Urtheil über die Gebundenheit, über einen persönlichen Zustand des Protestanten, worüber der katholischen Behörde kein Urtheil zusteht. — Es ist hier der Ort nicht, zu untersuchen, welches der richtige Sinn der Worte von Christus sey: „quia, quicunque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur; et qui dimissam duxerit, moechatur,“ ob hiernach die Wiederverehelichung des Geschiedenen unbedingt verboten, ob die Scheidung wegen Ehebruchs davon ausgenommen sey u. s. w. Die Auslegung selbst bildet zwar das Dogma und die Kirche mag wohl, weil ihr, was sie als sündhaft erkennt, überall und an Jedem als sündhaft erscheint, keine Ausnahme anerkennen, wenn es auch von einem Nichtkatholiken begangen wird. Aber der Staat, der die Gewissensfreiheit beider Confessionen schützt, darf dem Urtheil der einen Kirche keine Wirkung beilegen, wodurch die Angehörigen der andern Kirche in Ausübung einer nach ihrer Lehre und nach dem bürger-

lichen Gesetze erlaubten Handlung beschränkt werden. Mit andern Worten, der Staat darf den Theil, der nach seiner Glaubenslehre nicht gebunden ist, nicht für gebunden erklären, — er darf also bei ihm kein Ehehinderniß voraussetzen. Es bleibt in diesem Falle nichts übrig, als dem inneren Gewissen des katholischen Theils zu überlassen, was der Staat in foro externo, ohne der Freiheit des andern Theils zu nahe zu treten, nicht anerkennen darf."

„Unbemerkt kann es übrigens nicht bleiben, daß Alles, was in Vorstehendem von dem Falle gesagt worden ist, wo ein protestantischer geschiedener Ehegatte mit einem ungebundenen Katholiken sich verehelichen will, keine Anwendung leidet auf die Ehe, die ein katholischer geschiedener Ehegatte schließen will. Wenn seine Kirche ihn für gebunden erklärt, so hat der Staat keinen Grund, die Competenz der Kirche über ihn in Zweifel zu ziehen und seine religiöse Verpflichtung bei Seite zu setzen. In diesem Falle läßt sich kein excessus potestatis ecclesiasticae behaupten."

Allein wenn Herr v. Weiler selbst mit Eichhorn davon ausgeht: daß es für die Gesetzgebung das leitende Princip seyn solle: daß der Staat keine Ehe erlaube oder verbiete, wo ein entschiedenes Dogma der Kirche entgegenstehe; und daß nicht blos, wie Eichhorn sich ausdrückte, eine katholische, sondern jede Regierung die Anwendung des religiösen Sittengesetzes der Kirche überlassen müsse; so kann die Frage, ob in jenem Falle ein Exceß anzunehmen sey, folgerichtig wenigstens nur von der Vorfrage abhangen, ob das fragliche Eheverbot auf einem dogmatischen oder religiös-sittengesetzlichen Grunde beruhe? und daß die Lösung dieser Vorfrage der Kirche und nicht dem Staate gebühre, ist doch wohl nicht zweifelhaft; wenn gleich Staatsbehörden viel leichter darüber eine Entschließung fassen, als die Kirchenbehörden, denen die Lösung viele Schwierigkeiten verursacht hat. Es braucht bezüglich des Grundsatzes der katholischen Kirche in dieser Hinsicht hier nur angedeutet zu werden, daß

nach einem päpstlichen Breve vom 8ten October 1803 eine ausdrückliche Erklärung erfolgt ist, mit welcher eine königl. Bayerische Verordnung vom Jahr 1829 übereinstimmt, welche ausspricht: Es unterliege keinem Zweifel, daß in Fällen einer solchen beabsichtigten Verehelichung einer katholischen Person mit einer protestantischen geschiedenen, deren voriger Gatte noch am Leben ist, das dem katholischen Theile entgegenstehende kirchliche Hinderniß beachtet werden müsse, demnach der katholischen Person auch von der Staatsbehörde die Bewilligung zur Eingehung einer solchen Ehe, welche die katholische Religion nach ihren Dogmen als unzulässig erklärt, nicht ertheilt werden dürfe.

Bezüglich der Trennung der Ehe tritt alsdann eine Collision der Kirche und des Staats ein, wo der Staat die völlige Auflösung der Ehe mit den daran geknüpften Wirkungen zugesteht und die Kirche diese Wirkungen mit der Unauflösbarkeit der Ehe für unvereinbar erklärt. Die badische Gesetzgebung hat nun zwar die Trennungsgründe unabhängig von den Kirchengesetzen festgestellt und läßt die weltlichen Gerichte über die Trennungsgesuche entscheiden; das Urtheil muß aber in Trennungsfällen die Klausel enthalten: „daß dem getrennten Ehetheile nicht als nach vorgelegter kirchlicher, der Eheordnung gemäß gesuchter und erlangter Vergönnung, anderweit zu heirathen erlaubt sey. Wie wir aber vorhin, bei dem Anführen über Schließung der Ehe, schon bemerkt haben, soll die Verweigerung jener Vergönnung in jedem Falle beachtet werden, wo nicht ein excessus potestatis ecclesiasticae offenbar vorhanden ist; denn wo dieses der Fall ist, wird die Erlaubniß zu einer bloßen Staatsehe (s. g. Civilehe) ertheilt.

Bei der Nichtigkeitserklärung der Ehe wird die Auflösung eine unbeschränkte genannt, das Recht der Wiederverheirathung wird unbedingt ausgesprochen und es bedarf im Urtheil der eben erwähnten Klausel nicht. Diese Grundsätze stimmen im Wesentlichen zwar mit der Wirkung, welche auch die Kirche an die Nichtigkeitserklärung knüpft, überein; aber ein Collisionsfall tritt gleichwohl dann ein, wenn die Kirche den Nichtigkeitsgrund, aus

welchem das Gericht die Ehe aufgelöst, als solchen nicht anerkennt. In diesem Falle würde die Wiederverheirathung wieder durch die kirchliche Erlaubniß bedingt werden und, wenn diese ohne erhebliche Gründe versagt worden, durch einen eignen landesherrlichen Befehl der Fall zu der nicht leichtlich platzgreifenden Lage qualificirt werden, daß der Verzug in via defensionis contra excessum potestatis ecclesiasticæ als bloße Staatsehe gestattet werden möchte. [1])

Man erkennt in der badischen Gesetzgebung leicht das Streben, unbefangen und vorurtheilsfrei die schwere Aufgabe zu lösen, in Collisionsfällen dem bürgerlichen Gesetze Wirksamkeit zu verschaffen und daneben die sittliche, durch Religion geheiligte Kraft des Ehebundes zu schonen. Aber selbst Vertheidiger des badischen Systems haben bemerkt, daß sich das Gewissen des Pfarrers nicht in zwei Theile zerlegen lasse. Er könne nicht als bürgerlicher Beamter als erlaubt anerkennen, was er als kirchlicher Beamter als sündhaft ansehen solle. Die Verpflichtung, irgend eine Ermächtigung zu geben, eine Verkündigung auszusprechen, sey einem Gewissenszwange ziemlich gleich. Am meisten lasse sich in solchen Fällen von der Aufsicht der Bischöfe erwarten, welche, um **größeres** Aergerniß zu vermeiden, dem Gewissen der Pfarrer zu Hülfe kommen werden, besonders, wo es nicht um Aufhebung eines Dogma, sondern um dessen Anwendung auf Nichtkatholiken im Grunde sich handle. Am einfachsten würde, wo eine Vereinbarung mit der Kirchenbehörde nicht stattfände, die Sache sich gestalten, wenn die Gültigkeit einer Staatsehe an eine bestimmte, von der Mitwirkung der katholischen Geistlichkeit ganz unabhängige Form gebunden würde, allenfalls in der Art, daß für diesen Fall der weltliche Bezirksbeamte dele-

---

[1]) Auch für Bayern finde ich bemerkt, daß durch Edict vom 8ten September 1808 §. 18 die bürgerliche Trauung eingeführt sey. Das Edict habe ich nicht zur Hand.

girt würde, um den Ausruf in öffentlicher Weise und den Eintrag in die Kirchenbücher als Standesbücher zu verrichten.[1]) Aehnliche Vorschläge hat man bei Gelegenheit der Verhandlung über gemischte Ehen gemacht. Auch da glaubte man nur für Fälle gänzlicher Unvereinbarkeit und zur Vermeidung sittlicher Aergernisse, der Civilehe im System der Staatsgesetzgebung einen Platz vorbehalten zu müssen.[2])

Eine eigenthümliche Verarbeitung dieser Ansichten über die Aushülfe, welche die Civilehe neben der kirchlichen Trauung zur Beseitigung der Ansprüche der katholischen Kirche im Gebiete des Eherechts leisten soll, bietet der Großh. Hessische „Entwurf der ersten Abtheilung des bürgerlichen Gesetzbuchs von 1844" dar. Der erste Commissionsentwurf hatte das Princip aufgestellt: „Eine Ehe unter Christen kann anders nicht als durch priesterliche Trauung gültig abgeschlossen werden;" und für die Fälle, in welchen die zuständigen Geistlichen die Trauung aus einem Grunde verweigerten, der nicht auf dem Privat- und Verwaltungsrecht beruhe, könnten die Brautleute sich von jedem andern Geistlichen des Landes trauen lassen, ohne Rücksicht auf Confession.

In den Motiven zu diesem Entwurf war, ausser Einigem, was auch in den Motiven zum Entwurf von 1844 wiederholt ist und worauf wir noch zurückkommen, gesagt: „Forschen wir nach den Gründen, welchen der bürgerliche Vertrag seine Entstehung verdankt, so beruhen sie nicht darin, daß man die bürgerliche Trauung an und für sich für besser und zweckmäßiger gehalten hätte, als die kirchliche; eine solche Ansicht würde auch in der Natur der Verhältnisse und in den Erfahrungen der Geschichte ihre Widerlegung finden. Die allgemeine Ursache lag

---

[1]) Eichhorn Kirchenrecht. 1833. II. S. 507. — v. Weiler im Archiv IV. S. 13 f.

[2]) Grenzstreit zwischen Staats- und Kirchengew. 1839. S. 123.

vielmehr in dem Wunsche, Collisionen zwischen der Kirchen- und Staatsgewalt zu begegnen, indem dort, wo Kirchen- und Staatsgewalt abgesondert neben einander bestehen, diese leicht in Widerstreit gerathen können. Daraus folgt, daß jener Grund unser Großherzogthum, so weit dessen Angehörige sich zur protestantischen Confession bekennen, gar nicht berührt. Das Staatsoberhaupt ist hier zugleich oberster Bischof, Staats- und Kirchenzwecke gehen friedlich Hand in Hand, Collisionen sind unmöglich. Im Interesse des protestantischen Theils unserer Staatsangehörigen liegt daher auch nicht entfernt ein Beweggrund, um eine durchaus der Gewohnheit von Jahrhunderten und durch die religiöse Ansicht des Volkes geheiligte Sitte unbeachtet zu lassen.

Nicht von gleicher Art dagegen sind die Beziehungen unserer katholischen Staatsangehörigen. Kirchen- und Staatsgewalt bestehen in Bezug auf sie neben einander, und die Geschichte älterer, wie der neuesten Zeit, liefert manches betrübende Beispiel von Zwiespalt dieser beiden Gewalten, welcher über den Staat selbst sowohl, als über einzelne Staatsangehörige, Nachtheil verhängt hat.

Wenn nun gleich unser Großherzogthum bis jetzt so glücklich war, von solchen Erfahrungen verschont zu bleiben, so wäre doch der Fall möglich, daß das Civilgesetz von der katholischen Kirche nicht in allen seinen Theilen anerkannt, und darum von manchen katholischen Geistlichen die Trauung einer von dem Staate als zulässig erkannten, aber den Grundsätzen des canonischen Rechts nicht entsprechenden Ehe verweigert würde. Da der Entwurf Zwangsmittel ausschließt, so könnte dadurch allerdings die Staatsgewalt compromittirt, und, zum Nachtheile Einzelner, an dem Vollzuge ihrer Gesetze gehindert werden. Dergleichen Besorgnisse sind aber kein hinreichender Grund, um das Institut der kirchlichen Trauung, bei welcher Katholiken und Protestanten ausserdem gleich wesentlich betheiligt sind, ganz aufzuheben, so lange noch andere Auswege zu Gebote stehen. Daß es aber an diesen nicht fehle, zeigt der Entwurf. Er kennt keine andern Ehehindernisse, als

die in dem bürgerlichen Gesetze enthaltenen an, er entzieht den Geistlichen die Befugniß, über die Zulässigkeit einer Trauung selbstständig zu urtheilen, und enthebt sie jeder Verantwortung, wenn ein Trauungsschein des Richters, welchem das Gesetz jede Prüfung überträgt, sie zur Vornahme des Trauungsactes legitimirt. Verweigert der Geistliche demungeachtet die Trauung, so treten zwar keine Zwangsmittel ein, die Betheiligten haben aber ein Recht der Beschwerde an das Gericht, und dieses ist von dem Gesetze angewiesen, in Fällen unbegründeter Weigerung die Verlobten durch einen zweiten Trauungsschein zu ermächtigen, daß sie sich von jedem andern christlichen Geistlichen nach ihrer eignen Wahl trauen lassen können. Dadurch ist jede Schwierigkeit beseitigt. Denn wollte man auch der Besorgniß Raum geben, daß alle Geistliche katholischer Confession die Vornahme des Actes verweigern könnten, so würde doch bei den Geistlichen protestantischer Confession zu einer solchen Unterstellung kein vernünftiger Grund vorliegen, und die vor dem competent erklärten protestantischen Geistlichen abgeschlossene Ehe katholischer Glaubensgenossen hat, in Bezug auf Gültigkeit und Verbindlichkeit des Actes, mit der vor dem katholischen Geistlichen abgeschlossenen, auch nach katholischem Kirchenrechte gleiche Wirkung.

Der Entwurf geht aber noch einen Schritt weiter. Er bietet zugleich in dem Rechte des Landesherrn, von der Trauung vor dem zuständigen Geistlichen zu dispensiren, das Mittel, den stets mit einigem Zeitverlust verbundenen gerichtlichen Weg ganz zu umgehen, wenn frühere Erfahrungen etwa die gegrüdete Besorgniß erweckt haben sollten, daß zu diesem Auskunftsmittel geschritten werden müsse.

Bei so mehrfachen Vorsichtsmaßregeln wird die Aufhebung der bürgerlichen Trauung in der Provinz Rheinhessen keinem katholischen Glaubensgenossen dieser Provinz zu irgend einem Nachtheile gereichen, die diesseitigen Bekenner dieser Kirche werden eine, ihnen bisher fremd gewesene Emancipation gewinnen, und für beide Confessionsverwandte, Protestanten und Katholiken, wird

das Princip der kirchlichen Trauung aufrecht erhalten bleiben, während auch in dieser Beziehung für das ganze Land die Wohlthat einer gleichförmigen Gesetzgebung gewonnen ist."

Diesen Vorschlag hat man vielfach getadelt, und zwar aus einem doppelten Grunde, „theils weil dasselbe überhaupt mit der sittlichen Grundlage, auf welcher unseres Erachtens der Staat in allen seinen Anordnungen ruhen soll, nicht zu vereinigen war, theils weil uns dasselbe namentlich die katholischen Priester und Staatsangehörigen bei den von der Civil-Gesetzgebung nicht anerkannten kanonischen Ehehindernissen in Bezug auf die Rücksichten, welche die Satzungen ihrer Kirche von ihnen fordern, mit jenen gegen die Landesgesetze in graden Widerspruch zu bringen schien, und dadurch den Frieden zwischen Staat und Kirche in bedenklicher Weise in Frage stellte. Der nunmehrige Regierungs-Entwurf weicht hierin wesentlich von jenen der Redaktions-Kommission ab. Derselbe hält, in Uebereinstimmung mit dem frühern, im Allgemeinen die priesterliche Trauung zur Gültigkeit der Ehe fest, substituirt aber im Falle der Weigerung des zuständigen Geistlichen statt der Trauung durch einen Priester anderer Confession die **Civilehe**; er erkennt onach beide Trauungsarten als Gesetzliche an."

Der Art. 33, Tit. II. des Regierungs-Entwurfes lautet:

„Die Ehe wird, mit Ausnahme der Fälle des Art. 37, durch geistliche Trauung, nach religiösem Gebrauche in der Kirche, oder in jedem sonstigen zur Gottesverehrung bestimmten Gebäude öffentlich abgeschlossen."

Art. 37:

„Machen die Verlobten bei dem Einzelrichter die Anzeige, daß der zuständige Geistliche die Trauung verweigere, so hat das Gericht denselben aufzufordern, sich binnen einer anzuberaumenden angemessenen Frist über diese Weigerung zu erklären.

„Ist diese Frist erfolglos verstrichen, oder enthält die Erklärung keinen auf den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes oder der Verwaltung beruhenden, zulänglichen

Grund der Trauungsverweigerung, so können die Verlobten von dem Einzelrichter die Erlaubniß fordern, sich bürgerlich trauen zu lassen."

Art. 40:

„Die bürgerliche Trauung verrichtet derjenige weltliche Beamte, welchen die Regierung dazu bestellt. Die Verlobten haben vor ihm, öffentlich auf dem Gemeindehause und in Gegenwart zweier Zeugen, ihre Einwilligung zur Eingehung der Ehe zu erklären, und die Trauungshandlung ist vollzogen, sobald der Beamte ausgesprochen hat, daß sie als Ehegatten verbunden sind."

Die Motive sagen:

„Bei der Frage, welcher Form der Abschließung der Ehe, der geistlichen Trauung, oder der in Rheinhessen dermalen bestehenden bürgerlichen, der Vorzug einzuräumen sey, mußte man sich nothwendig für diejenige entscheiden, welche überall in Deutschland einheimisch, durch die Gewohnheit von Jahrhunderten geheiligt, und dem sittlich-religiösen Gefühle des deutschen Volkes vorzugsweise entsprechend ist, also für die geistliche Trauung. Hiermit will aber der Entwurf kein religiöses Dogma, sondern nur so viel aussprechen, daß er geistliche Mitwirkung bei Abschließung der Ehe in hohem Grade wünschenswerth erachtet, in so hohem Grade, daß sie überall, wo sie ohne Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit zu erlangen ist, eine Bedingung der Gültigkeit der Ehe seyn soll.

„Die Ehe nimmt unter den mancherlei Arten der Verträge eine so ausgezeichnete Stelle ein, daß auch nicht eine derselben entfernt den Vergleich mit ihr aushält. Selbst der Gesellschaftsvertrag, als der in Ansehung der gemeinsamen Beziehungen wohl der Ehe am nächsten stehende, beschränkt sich auf ein vorübergehendes, wechselseitiges Interesse der Contrahenten an gewissen Geschäften. Ehegatten dagegen verpflichten sich auf ihre ganze Lebensdauer und unter allen Umständen zu ungetheilter persönlicher Widmung,

zu treuer, in Glück und Unglück ausdauernder Liebe und Unterstützung, nicht selten zu völliger Gemeinschaft der Vermögens-Interessen, überhaupt zur Gründung eines achtbaren Familienstandes, in dessen Festigkeit, Gedeihen und Ausbreitung der Staat selbst die Grundpfeiler seiner Existenz erblickt. Es kann hiernach nicht befremden, daß, wenn schon bei gewöhnlichen Verträgen unterschieden und nach dem Grade ihrer Wichtigkeit, bald nur einfacher Consens, bald schriftliche Aufnahme, bald Errichtung vor Gericht, bald gerichtliche Bestätigung für nöthig erkannt wird, die Gesetze fast aller Länder für den Abschluß der Ehe in der kirchlichen Weihe die höchste ihnen zu Gebote stehende Solennität fordern, um das Gewicht und die volle Bedeutung der Handlung in ihrem ganzen Umfange auszudrücken. Eben so sehr muß es einleuchten, warum eine Form der Eheabschließung, welche aus einer so wichtigen Würdigung menschlicher Gefühle hervorgegangen ist, auch in den Gemüthern des Volkes tiefe Wurzeln schlagen, und daß sich eine festbegründete Opinion über ihre Nothwendigkeit allmählig ausbilden mußte, welche das Gesetz anerkennen, nicht umstürzen soll. Diese Volksmeinung ist in Deutschland eine unzweifelhafte Thatsache. Selbst zur Zeit der napoleonischen Herrschaft hat das französische Institut der bürgerlichen Trauung hier keinen Eingang gefunden. In denjenigen deutschen Ländern, welche damals das französische Civilgesetzbuch recipirten, wurde gleichwohl die kirchliche Trauung beibehalten. Auch in den übrigen Ländern Europa's hat der Vorgang von Holland und von Frankreich fast nirgends zur Nachfolge gereizt, und selbst in jenen Reichen, in denen die bürgerliche Trauung schon seit Menschenaltern besteht, vertritt noch heute die Volkssitte die Stelle des Gesetzes. Man begnügt sich nicht mit der bürgerlichen Trauung, die Verlobten eilen von dem Gemeindehause in die Kirche, um für den eingegangenen Bund zugleich die religiöse Sanktion einzuholen.

„Wollte aber der Entwurf seinem obersten Grundsatze, jeden

Gewissenszwang zu vermeiden, im vollen und wahren Sinne des Wortes getreu bleiben, so mußte er ausnahmsweise die bürgerliche Trauung gestatten. Der Geistliche, welcher die Trauung einer von dem bürgerlichen Gesetze gestatteten Ehe verweigern zu müssen glaubt, weil dieselbe mit den Grundsätzen seiner Kirche nicht übereinstimme, soll nicht durch den weltlichen Arm zu einer Handlung, zu einer geistlichen Verrichtung, gezwungen werden, allein eben so wenig das Brautpaar zu einer Unterlassung, zu einem Verzichte auf die bezweckte Ehe. Ob der Anhänger einer Kirche, um ein solcher bleiben zu können, gewisse Gebote derselben beobachten muß, darüber darf sich das bürgerliche Gesetz kein Urtheil erlauben, da dies nicht minder ein Eingriff in die Gewissensfreiheit, ja eine Glaubenstyrannei wäre; und da die Bestimmungen des Entwurfes über Eheverbote den Anforderungen der Moral, Sittlichkeit, Humanität und einer durch die laut und allgemein ausgesprochenen Bedürfnisse der Zeit geläuterten Staatspolitik entsprechen, so muß für den Fall eines Conflikts der fraglichen Art ein anderer Ausweg als die Alternative, entweder Confessionswechsel, oder Verzicht auf Abschließung der bezweckten Ehe, eröffnet werden, und einen solchen Ausweg bietet die ausnahmsweise Gestattung der bürgerlichen Trauung dar. Die betreffenden besonderen Bestimmungen unterscheiden nicht, ob der die Trauung verweigernde Geistliche dieser oder jener Confession angehöre, weil das bürgerliche Gesetz die Maßnahmen der Kirchengewalt, welche von derselben innerhalb ihrer Befugnisse ergriffen werden könnten, unberührt lassen will. Hier aber ist, zur Vermeidung irriger Folgerungen, zu bemerken, daß die bürgerliche Trauung von protestantischen und gemischten Ehen nie praktisch werden wird, weil Seine Königliche Hoheit der Großherzog, als oberster Bischof der protestantischen Kirche, nie dulden werden, daß ein protestantischer Geistlicher die Einsegnung einer nach den Staatsgesetzen erlaubten Ehe unter dem Vorwande verweigere, dieselbe stehe mit den Geboten seiner Kirche im Widerspruche."

Herr Dr. Thesmar, der dieses Auskunftsmittel für ein völlig neues hält, bemerkt darüber [1]:

„Es läßt sich nicht verkennen, daß den Entwurf, bei diesem Vorschlage, jede der beiden Trauungsarten, die priesterliche und die Civilehe als gesetzliche zu erklären, der Vorwurf nicht strenger Consequenz trifft, wenn es allerdings an dem ist, daß die Trauung durch den Priester im Prinzipe als Regel festgehalten, die Civilehe dagegen nur als gesetzliche Ausnahme zulässig erklärt ist. Es wird ferner nicht geleugnet werden können, daß Brautleute nur im äussersten Nothfalle zu der Ausnahme greifen werden, weniger deßhalb, weil die Kirche solche Civilehen mißbilligt und als unkirchlich verwirft, als vielmehr um der levis nota zu entgehen, welche ihnen in den Augen ihrer Mitbürger anhaften muß, weil sie von der Regel ausgeschlossen, und folgerecht die beabsichtigte Ehe den Satzungen ihrer Kirche zu widerstreben scheint. Allein abgesehen davon, daß auch nach dem Entwurfe die Civilehe nur Ausnahme bleiben soll, so sprechen so überwiegende Gründe für das jetzige Projekt, daß wir dasselbe als einen erfreulichen Fortschritt in dieser Materie willkommen heißen. Die Gründe für unsere Ansicht finden wir theils in der eigenthümlichen Lage der Gesetzgebung in den verschiedenen Provinzen des Großherzogthums, als vornehmlich in dem Wesen der Ehe selbst.

„Wir haben uns bereits bei einer andern Veranlassung darüber ausgesprochen, daß wir es als die höchste Aufgabe des Gesetzgebers erachten, wie dies zu allen Zeiten dafür erachtet worden ist, bei der Wahl seiner Gesetze vorzugsweise die Sitte und die Bildungsstufe des Volkes im Auge zu behalten, dessen Bedürfnisse er durch neue Gesetze zu regeln berufen ist. Religion, Regierungsform, Erziehung, Aufklärung, politische Verhältnisse und Verkehr mit andern Staaten bedingen in ihrer Gesammtheit die eigenthümliche Verfassung eines Staates, und sind für die Gesetzgebung eines Volkes

---

[1]) Rheinische Beobachter vom 9ten April 1845. Nr. 99. Ich theile die Darstellung vollständig mit, weil das Zeitungsblatt nicht überall zugänglich seyn dürfte.

von dem entschiedensten Einflusse. Doppelt schwierig wird diese Aufgabe, wenn die Verschiedenheit dieser einzelnen Beziehungen zwischen den Landestheilen desselben Staates und bei anscheinend widersprechenden Bedürfnissen die Wohlthat eines Gesetzes für alle kaum erreichbar erscheinen läßt. Daher gehört die höchste Weisheit des Gesetzgebers dazu, und wir erachten es gleichzeitig als eine unabweisbare Pflicht, bei der neuen Fassung der Gesetze diese Eigenthümlichkeiten der Rechtsverfassung des Volkes, die er vorfindet, mit der größten Sorgfalt und Vorsicht zu prüfen, um Verhältnisse zu schonen und Bedürfnisse zu vermitteln, welche sich in den verschiedenen Landestheilen auch völlig verschiedenartig gestaltet haben. Es ist aber Thatsache, daß in den beiden Provinzen Oberhessen und Starkenburg bis jetzt die Gültigkeit der Ehe an die Trauung durch den Geistlichen geknüpft ist, so wie es an dem ist, daß die Gesetzbücher Deutschlands fast übereinstimmend diese Trauungsart als Norm aufstellen. Es kann daher nur Billigung finden, wenn die Motive auf diese in den Gemüthern des größeren Theiles des hessischen Volkes wurzelnde Rechtsansicht wenigstens einige schonende Rücksicht nehmen. Allerdings würde diese Rücksicht nicht ausreichen, um die Civilehe im Prinzipe als verwerflich zu beseitigen, wenn die Vorzüge der letztern jene überwiegen würden. Wir wollen daher auch diese vielfach und zuweilen nicht mit Unrecht angerufenen Vorzüge näher prüfen. Für die Civilehe sprechen namentlich zwei Gründe, auf welche sich jene im Wesentlichen zurückführen lassen. Diese bestehen darin, der eine, daß civilrechtliche Folgen einer Handlung im Allgemeinen auch durch bürgerliche Acte in Gewißheit zu setzen seyen, der andere, daß durch diese Form des Ehebündnisses Conflikte zwischen Staat und Kirche am wirksamsten beseitigt würden. Es muß zugegeben werden, daß diese Gründe die Beachtung des Gesetzgebers in vollem Maße verdienen. Namentlich halten wir den letzteren von entscheidender Wichtigkeit, und wir würden jedwedem Vorschlage entgegentreten, welcher diese Gefahr hervorzurufen geeignet wäre; und gerade war es diese Rücksicht, welche

uns bei dem frühern Projekte bestimmte, die Civilehe im Vergleiche mit demselben als die bei weitem vorzüglichere festzuhalten. Allein diesen Conflikten zwischen Staat und Kirche, so wie der Kompromittirung der Staatsgewalt, beugt der jetzige Regierungsentwurf unbestreitbar dadurch vor, daß er im Falle der Weigerung des Priesters, die Ehe abzuschließen, im Art. 37 die Civilehe substituirt. Es wird daher nur darauf ankommen, zu untersuchen, ob nach Beseitigung jenes Uebelstandes des frühern Entwurfes die Trauung durch den Priester dem Wesen der Ehe mehr entspreche, als jene durch den Civilstandsbeamten, mit andern Worten, ob die in den beiden Provinzen jenseit des Rheins gesetzlich bestehende Trauungsweise die Rücksicht verdient, welche ihr die Motive angedeihen lassen.

„Die Ehe nimmt, wie ganz richtig bemerkt wird, unter den Verträgen eine so ausgezeichnete Stelle ein, daß keiner derselben mit ihr zu vergleichen ist. Der Mann fühlt sich nach ewigen Naturgesetzen zur Vereinigung mit dem Weibe, das Weib zur Hingabe an den Mann hingezogen, und an die innigste und vollständigste Vereinigung beider ist das große Geheimniß der Zeugung und die Erhaltung des menschlichen Geschlechtes geknüpft. Diese Vereinigung soll aber keine vorübergehende und willkührliche, Mann und Weib vielmehr einer dauernden Liebe empfänglich seyn, die über den Moment der körperlichen Vereinigung hinausreicht, und ein höheres geistiges Band zwischen ihnen stiftet, welches überdies durch die Liebe unterstützt wird, die die Natur den Eltern gegen ihre Kinder ins Herz pflanzte. Diese durch Liebe und mit der Absicht der Beständigkeit und Treue gestiftete Verbindung zwischen Mann und Weib ist daher der Begriff der Ehe. Wohl mag daher jeder christliche Staat hierin die Grundpfeiler seiner Existenz und Wohlfahrt erblicken und folgerecht die Ehe als die Pflanzschule sittlicher und geistiger Bildung allen andern Verträgen überordnen. Dies sind auch im Wesentlichen die Gründe, welche die Gesetzgebung fast aller Völker das Bedürfniß fühlen ließen, den Abschluß der Ehe mit ungewöhn-

lichen Förmlichkeiten zu umgeben, um hierdurch sowohl den Werth zu bezeichnen, welcher aus deren Eingehung für den Staat entspringt, als zugleich für die gleich wichtigen Folgen Sorge zu tragen, welche die Ehe auf das Civilrecht äussert. In jenem Zwecke treffen Staat und Kirche zusammen, und es ist daher sehr erklärlich, daß auch beide in demselben Mittel die Erreichung des Zweckes fanden. Gerade deßhalb bedient sich der Staat der Kirche, um durch die kirchliche Weihe die ganze Bedeutung auszudrücken, welche er mit dem Abschlusse einer Ehe verbindet, und wir möchten hinzufügen, indem der Staat in seinen Anordnungen die Ehe hoch hält, gibt er Zeugniß von dem sittlichen Werthe seiner Angehörigen, und von der Bildungsstufe, auf welcher er selbst steht. [1])

„Es mag deßhalb von Interesse seyn, einen Blick auf die französische Gesetzgebung, und namentlich auf die Diskussionen zu werfen, welche der legislatorischen Feststellung dieser Materie im 5. Titel des I. Buches vorhergingen. Bekanntlich hat das Civilgesetzbuch den juristischen Begriff der Ehe nicht definirt. (Auffallender ist dies bei dem preußischen Landrecht, dem man gewiß nicht den Vorwurf machen kann, daß es mit Definitionen nicht freigebig genug sey.) Betrachtet das Civil-Gesetzbuch die Ehe als einen rein bürgerlichen Vertrag, warum schweigt es gerade bei

[1]) Unbestreitbar wahr ist es, daß in der Rheinprovinz, wo die Civilehe seit 50 Jahren gesetzlich besteht, die neuen Ehegatten in dem Abschlusse vor dem Civilstandsbeamten wenig mehr als eine Form sehen, und die volle Bedeutung erst in der kirchlichen Trauung suchen. Es ist eine tägliche Erscheinung, daß in den höheren Ständen, wo der Eheabschluß vor dem Civilstandsbeamten und in der Kirche an zwei aufeinanderfolgenden Tagen zu erfolgen pflegt, die junge Frau nicht entfernt daran denkt, an dem Tage der Civilehe ihrem angetrauten Gatten in das Brautgemach zu folgen, und daß eben so wenig der Letztere ein solches seiner Neuvermählten zumuthet. In dem Maaße nimmt die Sitte die Stelle des Gesetzes ein und das Letztere hat es seit einem Menschenalter seines Bestehens nicht vermocht, jene zu verdrängen.

ihm, während es die juristischen Begriffe der andern Verträge in den Artikeln 1582, 1709, 1832, 1875, 1915, 1964 und 1984 genau definirt? Betrachtet dasselbe die Ehe nicht als einen solchen, warum schweigt es wiederum über eine so unendlich folgereiche Wahrheit, und läßt Richter und Staatsbürger wenigstens im Zweifel? Es müssen daher die Gründe, welche dieses Schweigen erklären, tiefer liegen, und nur in den Diskussionen findet sich hierüber einiges Licht.

„Keine andere Lehre hat den Wechsel menschlicher Ansichten in so schneller Reihenfolge erfahren, als gerade diese Materie in Frankreich während des letzten Jahrzehends des vorigen Jahrhunderts. Vor der Revolution war das Eherecht daselbst jenes der katholischen Kirche, dem in Bezug auf das Verbot der Scheidungen selbst die Protestanten unterworfen waren; die Civilehe war bis dahin nicht bekannt. Wohl fühlten die damaligen Lenker der Geschicke dieses großen Landes den ganzen Einfluß, welchen dieser Rechtsgrundsatz auf den Staat ausübte. Das Streben, diesen letztern in allen Beziehungen von der Kirche unabhängig zu machen, rief die im Art. 7 Tit. II. der Konstitution vom Jahre 1791 ausdrücklich ausgesprochene Bestimmung hervor, daß das Gesetz die Ehe lediglich als einen bürgerlichen Vertrag betrachte:

»la loi ne considère le mariage que comme contrat civil.«

Auf diesem Grundsatz fortdauernd folgten schnell die Gesetze vom 20. September 1792, 8. Nivose Jahres II., 24. Vendémiaire Jahres III., 15. Thermidor Jahres III., und vom 1. Ergänzungstage Jahres V., nach welchen es den Ehegatten selbst verstattet war, die Ehe nach reiner Willkühr aufzulösen.

Gesetz v. 20. Sept. 1792, 5. I. Art. 3:

L'un des époux peut faire prononcer le divorce, sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère.“

Ges. v. 4. Floréal Jahres II. Art. 1:

„Lorsqu'il sera prouvé, par un acte authentique ou de notoriété publique, que deux époux sont séparés de fait depuis plus de six mois, si l'un d'eux demande le divorce, il sera prononcé sans aucun délai d'épreuve."

Ges. v. 24. Vendémiaire Jahres II. Art. unique:

„Celui qui, poursuivant le divorce, établira par un acte authentique ou de notoriété publique, que son époux est émigré ou qu'il est résidant en pays étranger ou dans les colonies, sera dispensé de l'assigner au dernier domicile, et le divorce sera prononcé sans aucune citation."

„Zu solchen Verirrungen führte die Consequenz jenes in der Constitution vom Jahre 1791 ausgesprochenen Grundsatzes, und die damaligen Machthaber schreckten vor den Folgen nicht zurück. Wie sollte auch ihnen ein Band ewig und heilig erscheinen, denen Nichts ehrwürdig war, ja die der heiligsten Gefühlen der Menschen spotteten, und die nicht in der Sittlichkeit, sondern in der Unsitte die Grundlage des Staates und in dem Fallbeil die vornehmste Stütze der Staatsgewalt erblickten? In diesem Zustande befand sich die Gesetzgebung in dieser Materie, als zur Abfassung des Civil-Gesetzbuches geschritten wurde.

Die Gesetzgebungs-Kommission lenkte einigermaßen ein und stellte an die Spitze des Eherechtes zwei Ideen, in welcher auch jetzt der oberste Grundsatz des Staates ausgesprochen seyn sollte:

1) Das Gesetz betrachte die Ehe nur in bürgerlicher und politischer Hinsicht; und
2) Die Ehe sey ein Vertrag, dessen Dauer nach der Absicht der Eheleute so lange währe, als Einer von ihnen lebe, der aber in den Fällen und in Folge der Ursachen, die das Gesetz bestimmen, auch vor dem Tode des Einen oder Andern aufgehoben werden könne.

Es wurde daher die Definition der Ehe in einem besondern Artikel mit folgenden Worten vorgeschlagen:

»Le mariage est un contrat, dont la durée est dans l'intention des époux, celle de la vie de l'un d'eux.“

Der Appellations-Gerichtshof in Paris lehnte sich in seinem Gutachten gegen den ersten Grundsatz auf. „Wenn das Gesetz,“ bemerkt er, „die Ehe nur in bürgerlicher und politischer Beziehung betrachte, so mache dies nicht eine besondere Bestimmung nöthig, sey vielmehr nur eine consequente Folge des Gesellschaftsvertrages, welcher keinen Kultus ausschließe, aber auch keinen anerkenne. Daher könne das Gesetz die Ehe nicht in religiöser Beziehung auffassen, und es schwäche diese große Wahrheit (cette importante vérité), wenn man für nöthig erachte, einen besondern Artikel hierüber in das Gesetzbuch aufzunehmen, dessen Verfügungen einer Abänderung unterliegen könnten.“

„Die Sektion der Gesetzgebung verkannte nicht das Gehaltlose einer solchen Behauptung, als verliere die Wahrheit an Stärke, wenn das Gesetz sie ausspreche und bestand auf der förmlichen Aufnahme dieses Grundsatzes. Allein der Staatsrath, an welchen der Gesetzesvorschlag demnächst gelangte, theilte jene Ansicht des Appellations-Hofes, „indem es so klar sey, daß das Gesetzbuch die Ehe als einen bürgerlichen Vertrag ansehe, daß es unnöthig sey, dieses förmlich auszusprechen.“ Und so blieb der vorgeschlagene Artikel weg.

„Nicht weniger interessant sind die Bemerkungen von Portalis, einem Manne, dem sonst unser Gesetzbuch vieles Treffliche verdankt. Nach seiner Meinung haben die Philosophen, die Rechtsgelehrten und die Kanonisten eine völlig abweichende Ansicht von der Ehe. „Die Philosophen,“ sagt er, „erblicken in der Ehe nur die physische Naturordnung, die Rechtsgelehrten einen Civilvertrag, die Kanonisten einen religiösen Akt. Keine dieser Behauptungen ist aber richtig. Was jene angeblich philosophische Ansicht betrifft, so werden wir ihm als einem Jünger

von Mirabeaud und einem Bewunderer von Montesquieu dieselbe zu Gute halten müssen. Deutsche Philosophen wenigstens, und namentlich einer unserer größten Denker, Fichte, spricht in seinem „Naturrechte" Th. II. S. 184 das grade Gegentheil aus:

„Daß die Ehe, da sie etwas auf Moralität Gegründetes und schlechthin nur durch sie Bestehendes ist, unter den Augen Derer, die die Erzieher der Völker zur Moralität seyn sollen, d. i. der Geistlichen geschlossen wird, ist sehr vernünftig."

Um zum Ueberflusse noch einen Gewährsmann anzuführen, so leitet Mehmel in seiner „reinen Rechtslehre" den religiösen Charakter der Ehe aus der Liebe her, welche unmittelbar aus Gott stamme. „Was sie gelobt," sagt er §. 778, „das gelobt sie bei sich selbst und vor Gott; sie kann daher zur Erfüllung ihrer Gelübde durch nichts bestimmt werden, als durch Achtung gegen sich selbst und Religiosität. Die Ehe ist daher eine Verbindung, die in zwei Welten, vor Gott und zugleich vor den Menschen geschlossen wird, die folglich einen überirdischen und einen irdischen Charakter in sich vereinigt."

„Gleich unrichtig ist dasjenige, was Portalis die Ansicht der Rechtsgelehrten über die Ehe nennt. Hat er Juristen vor Augen, welche aus einem bestimmten Gesetzbuche schöpfen, so werden dieselben sich strenge an die darin ausgesprochenen Grundsätze halten; hat er Solche nicht vor Augen, so nehmen dieselben die Wissenschaft zu Hülfe und werden den Begriff der Ehe so auffassen, wie sie aus dem Geistigen und Physischen hervortritt, welches sie in sich vereinigt. Wir erinnern hierbei nur an die geistreiche Schrift des E. v. Möy, „von der Ehe und der Stellung der katholischen Kirche rücksichtlich dieses Punktes der Disciplin." Landshut 1830.

Endlich ist auch jene von Portalis den Kanonisten unterlegte Ansicht über die Ehe in ihrer Allgemeinheit nicht richtig und sowohl die klaren Bestimmungen des tridentinischen Concils, wie die Lehre aller Kanonisten, hätten ihn zu der Ueberzeugung führen müssen, daß sie die Ehe wohl als einen zum Sakramente

erhobenen Vertrag, nicht aber als einen religiösen Akt bezeichnen. Am gründlichsten ausgeführt findet sich dies in P. Soave Polano historia del Conc. Trid. S. 766.

„Nachdem Portalis nach diesen falschen Prämissen jene Ansichten der Philosophen, der Rechtsgelehrten und Kanonisten, die Keiner derselben aufstellt, bekämpft, äussert er sich dahin: „Die Ehe sey die Gesellschaft des Mannes und der Frau, die sich vereinigen, um ihre Gattung zu verewigen, um sich wechselseitige Hülfe zu leisten, um die Lasten des Lebens und ihr gemeinschaftliches Geschick zu tragen.“ Er berührt dabei sonderbarer Weise als Redner der Regierung eine Saite, welche dieselbe sorgfältig umgeht und die dem Gesetzbuche völlig fremd geblieben ist, nämlich die religiöse Beziehung der Ehe. Dann schließt er mit dem vielfach gerühmten Satze, daß, wenn das bürgerliche Gesetz sich nach allen Vorschriften der religiösen Moral richten solle, die geistlichen Gesetze allein Gesetze des Staates würden, weil nichts sey, was die Moral nicht durch ihre Vorschriften ordne.“ Es bedarf jedoch eben keines besonderen Scharfsinnes, um sofort zu erkennen, daß religiöse Moral, geistliche Gesetze und Moralvorschriften sehr weit von einander verschieden sind und um auf die augenscheinlich falsche Folgerung hinzuweisen, welche Portalis aus dem Vordersatze zu ziehen vermeint.

„Bei diesen Redeweisen kommen ihm jene des französischen Staatsrathes trefflich zu Statten. „Die bürgerlichen und religiösen Institutionen,“ sagt derselbe, „waren vor der Revolution auf das Genaueste mit einander verbunden. Unterrichtete Staatsmänner erkannten die Möglichkeit ihrer Trennung und verlangten, daß der bürgerliche Stand der Menschen unabhängig von dem Kultus sey, zu dem sie sich bekannten. Dieser Veränderung standen große Schwierigkeiten im Wege. Seitdem wurde Gewissensfreiheit proklamirt und es war nun möglich, die Gesetzgebung zu säkularisiren. Man organisirte diese große Idee, Alles dulden zu müssen, was die Klugheit duldet, und daß das Gesetz, welches die Religionsmeinungen nicht fesseln kann; in den Bürgern nur

Franzosen sehen müsse, wie die Natur nur Menschen erblickt." Wir gestehen, daß wir die Beziehungen, in welchen namentlich die zweite Hälfte dieses Satzes zu den Vorzügen der Civilehe stehen soll, nicht wohl einsehen, da jede Gesetzgebung in ihren Staatsbürgern nicht Bekenner verschiedener Glaubenslehren erblickt, also auch keine religiöse Vorschriften giebt; keine Gesetzgebung bekennt sich zu andern Grundsätzen, als die sich auch hier ausgesprochen finden und räumen dennoch der Civilehe im Prinzipe nicht den Vorrang ein.

„Aehnliche Nachklänge aus den Zeiten der Revolution, wie bei Portalis, finden sich bei Treilhard, Maleville, Merlin und Pothier. „Der Gesellschaftsvertrag," bemerkt der erstere, „garantirt einem Jeden die Freiheit seines Gottesdienstes; mithin kann das Civil-Gesetzbuch von keinem besonderen Glauben einen Einfluß erhalten." Wenn dieser Satz richtig seyn soll, so mußte Treilhard die Bedingung hinzufügen: „insofern ein solcher Einfluß die Freiheit des Gottesdienstes eines anderen Staatsgliedes beeinträchtigen würde." Eine solche Störung wäre aber nur bei Bekennern verschiedener positiver Religionen denkbar. Es würde also nur daraus folgen, daß das Gesetz von keinem besonderen Glauben Bestimmungen aufnehmen und Anordnungen treffen darf, welche die Rechte des Bekenners eines andern Glaubens beschränken oder gar so tief verletzen, wie die Kniebeugung der protestantischen (und jüdischen) Soldaten in Baiern, nicht aber, daß das Gesetz Einrichtungen aufgebe, welche ohne jene Conflicte dem Staatszwecke im edlern Sinne dienen.

„Wir haben nicht ohne Absicht uns über diese Einzelnheiten verbreitet, um hieraus die Nachweise zu führen, daß unser Civilgesetzbuch dasjenige, was es juristisch unter der Ehe begreift, anscheinend nicht aufstellen mochte, daß in den Diskussionen und in den Motiven wenig Rath zu suchen ist, daß selbst der Redner im Staatsrathe, nach welchem die Moral und die Religion und in gleicher Weise der Ritus wesentlichen Einfluß auf das eheliche Band aus-

übt, mit letzterem im Widerspruche ist, der in den zum Gesetze erhobenen Beschlüssen diesen Einfluß auf das Eherecht nicht anerkennt, und von Allem diesem nichts wissen will. Die französische Regierung wurde auch auf dem betretenen Wege so unsicher, und wich von jenem vielfach proklamirten Grundsatze, die Gesetzgebung kümmere sich nicht um die religiösen Beziehungen der Staatsangehörigen, so entschieden ab, daß sie schon bald nachher durch ein Rescript des Cultusministers die während der Revolution erlaubten Ehen katholischer Priester förmlich verbot, und dadurch den Ehehindernissen der Artikel 161, 162 und 163 des Civilgesetzbuches ein neues hinzufügte, ja daß sie durch die von ihr angeordnete Formel über die Verkündigung der Ehen in den Kirchen jene Unsicherheit und jenen Widerspruch mit sich selbst verewigt. Diese Formel ist nämlich so abgefaßt: „Sie sind benachrichtigt, daß N. und N. von uns (dem Geistlichen) die Einsegnung ihrer Ehe verlangen, wenn Ihnen ein **kanonisches** Hinderniß bekannt ist, so sind Sie eingeladen, uns solches anzuzeigen.“ Hier scheint die französische Regierung selbst kanonische Ehehindernisse zu kennen — dieselbe Regierung, deren Staatsrath sich in dem Ausdrucke gefiel: „es sey so klar, daß das Gesetzbuch die Ehe nur in bürgerlicher Beziehung betrachte, daß es unnöthig sey, dieses auszudrücken“, dieselbe Regierung, deren Appellationshof der Hauptstadt von dieser großen Wahrheit so durchdrungen war, daß er es für eine Schwächung derselben erachtete, wenn das Gesetzbuch dies ausspreche. Es mögen daher in der That diese Inconsequenzen weniger in der großen Wahrheit jenes aufgestellten Satzes, als zum Theil wenigstens in den Widersprüchen ihre Erklärung finden, in welchen die Grundsätze der Revolution mit den späteren, des Kaiserreichs, namentlich zu einer Zeit geriethen, wo das Oberhaupt desselben die römische Curie mehr als früher zu politischen Zwecken und zu Zwecken der Selbstsucht bedurfte.

„Wir sprechen daher unsere Ueberzeugung aus, daß, wenn unläugbar die Religion eins der Mittel ist, durch welche der

Mensch Gefühl für Recht und Unrecht, Sittlichkeit, geistige Vervollkommnung, kurz seine endliche Bestimmung zu vollenden strebt, der Staat dieselbe in allen seinen Anordnungen befördern und folgerecht die Ehe, die dazu führt, entweder in den Wirkungskreis der Religion ziehen, oder doch von ihr berühren lassen muß. Wir wiederholen jedoch hier ausdrücklich, daß wir trotz aller dieser Gründe nicht gemeint sind, die Civilehe zu verwerfen, wenn uns nur die Wahl gestattet wäre, mit dieser Staat und Kirche in Frieden zu erhalten, ohne dieselbe den letztern zu gefährden; denn keine Opfer der Gesetzgebung würden uns zu hoch erscheinen, um jenen Frieden für alle Zukunft möglichst sicher zu stellen; und so verwerflich wir daher die Grundsätze des frühern Entwurfes im Vergleiche mit der Civilehe hielten, so überwiegend sind die Vorzüge des jetzigen. Denn der Regierungsentwurf vereinigt in seinem Vorschlage die Anforderungen, welche an den Abschluß einer so tief in das Familienglück eingreifenden und so folgereichen Handlung, wie die Ehe, mit Recht gemacht werden, mit jenen, welche die Gewissensfreiheit jedes Staatsangehörigen und die Unabhängigkeit des Staates von der Kirche zu schirmen geeignet sind, erstere darin, daß der Entwurf die priesterliche Weihe als Regel aufstellt, letztere darin, daß er im Falle der Weigerung des Geistlichen die Civilehe als Ausnahme substituirt. Die hessische Gesetzgebung wird daher auch in dieser höchst schwierigen Materie auf die künftigen Gesetzgebungen Deutschlands von entschiedenem Einflusse seyn, wie sie bereits in der trefflichen Abfassung ihres Strafgesetzbuches ein Vorbild legislatorischer Umsicht und Weisheit geworden ist; denn wir setzen voraus, daß dieselbe auch hier geeignete Fürsorge trifft, um die Geistlichen anzuhalten, daß der Civilstand mit derselben Pünktlichkeit und Gewissenhaftigkeit in rechtliche Gewißheit gesetzt wird, wie dies bei der bisherigen musterhaften Führung der Civilstandsacte durch die Beamten unserer Gesetzgebung geschieht.

„Wir schließen daher mit der Erwartung, daß die Stände des Großherzogthums die Vorzüge des Regierungsentwurfes in

dieser Materie anerkennen und denselben zum Gesetze des ganzen Landes erheben werden."

In einer ausführlichen Beurtheilung des neuesten Entwurfs [1]) wird unsere Frage mit der kurzen Bemerkung erledigt, daß der Verf. bekenne, sich von der Nothwendigkeit, in einem Falle der fraglichen Art zur bürgerlichen Trauung die Zuflucht zu nehmen, nicht überzeugen zu können.

Fragt man nun nach dem Werthe dieses Vorschlags des neuen Entwurfs, beurtheilt aus dem legislatorischen Standpunkte, so wollen wir vor Allem andeuten, daß es nur die beiden Principien über Schließung und Auflösung der Ehe sind, die wir zunächst allein in's Auge fassen, und daß sich die ganze Beurtheilung hierbei wieder nur um den einen Punkt drebt, ob es angemessener sey, dabei rein das christlich-kirchliche Ehesystem anzuerkennen, oder das der Civilehe in dem Sinne des französischen Rechts, oder das System des Entwurfs.

Die übrigen Capitel und Bestimmungen des Eherechts sind nicht weniger wichtig; allein sehr Vieles hängt eben mit dem System und den Grundsätzen über die Abschließung und Auflösung der Ehe im innigsten Zusammenhange, ist sogar Folge davon; und doch wieder der kirchlichen Betrachtung der Ehe weniger hinderlich, insofern diese in ihrem System über Abschließung und Auflösung der Ehe durch das bürgerliche Gesetz nicht nur nicht gehindert, sondern unterstützt und in der Ausführung erleichtert wird.

Das System des Entwurfs kündigt sich in den Motiven als ein solches an, welches die Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigen und Maximen huldigen will, welche überall in Deutschland einheimisch, durch die Gewohnheit von Jahrhunderten geheiligt und dem sittlich-religiösen Gefühle des deutschen Volks vorzugsweise entspre-

---

[1]) Emil Hoffmann, Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfs. Darmstadt 1845. S. 13. 46.

chend sind, welche das Gesetz anerkennen, nicht umstürzen soll; die Bestimmungen des Entwurfs über Eheverbote werden als solche charakterisirt, welche der Moral, Sittlichkeit, Humanität und einer durch die laut und allgemein ausgesprochenen Bedürfnisse der Zeit geläuterten Staatspolitik entsprechen.

Wir behaupten nun aber von vorn herein, daß, wenn man die angeblichen Forderungen der Zeit und eine geläuterte Staatspolitik als den Maßstab für aufzustellende Grundsätze und zu befolgende Maximen benutzen will, man in der heutigen Zeit unmöglich zugleich den rechtlichen Anforderungen der anerkannten christlichen Kirchen und den religiösen Bedürfnissen der auch nur tolerirten Secten genügen kann. Dadurch, daß man staatsgrundgesetzlich garantirte Rechte einer Kirche entweder ausdrücklich in der Anwendung sichert, oder wenigstens nicht Veranlassung bietet, sie indirect zu gefährden, spricht man noch lange nicht ein religiöses Dogma aus, aber man gefährdet ein solches, wenn man, selbst in der guten Absicht, die Gewissensfreiheit zu schützen und Glaubenstyrannei zu entfernen, Einrichtungen einer, auf geoffenbarter Wahrheit gegründeten Kirche, nach Eingebungen und Anforderungen des Zeitgeistes und einer durch diesen etwa geläuterten Staatspolitik, einer Revision unterwirft, und das so gewonnene Product, durch eine weltlich-gesetzliche Sanction als eine Huldigung, die man dem sittlich-religiösen Gefühle dargebracht habe, hinstellen will. Wenn in den Motiven wörtlich gesagt wird, daß niemals werde geduldet werden: „daß ein protestantischer Geistlicher die Einsegnung [1]) einer, nach den Staatsgesetzen erlaubten Ehe unter dem Vorwande verweigere, dieselbe stehe mit den Geboten seiner Kirche im Wider-

---

[1]) Es darf nicht übersehen werden, daß der Entwurf die kirchliche Abschließungsform die „Trauung" nennt (Art. 25, 28, 31—41) und die Trauung, dem Sprachgebrauche und der Auffassung der protestantischen Kirche ganz entsprechend, nicht von der „Einsegnung," welche in der katholischen Kirche etwas von

spruche;" so nehmen wir keinen Anstand, auszusprechen, daß diese Versicherung keinem protestantischen Geistlichen, nach unserer Einsicht, ein Grund zu irgend einer Besorgniß werden darf, weil der Entwurf den Anforderungen der protestantischen Kirche in der That vollkommen entspricht, und jede Weigerung unter dem Vorwande kirchlicher Nöthigung schon in der einfachen Betrachtung, daß die Nöthigung von dem obersten Bischofe selbst gutgeheißen, ja, in einer andern Eigenschaft nur, von demselben angeordnet sey, ihre Zurechtweisung finden wird. Aber ganz anders stellt sich das Verhältniß zu der gleichberechtigten katholischen Kirche heraus. Bei dem wesentlich verschiedenen Systeme des Eherechts nach katholisch- und nach protestantisch-kirchenrechtlichen Grundsätzen, ist es eine Nothwendigkeit, daß ein den Anforderungen der einen Kirche vollkommen entsprechendes System denen der andern nicht gemäß seyn kann, und darum, ohne den Eintritt der jene Verschiedenheit der Systeme beachtenden Modificationen keiner, dem paritätischen Rechtszustande gemäßen Anwendung fähig ist. Indem sonach der Entwurf seine Bestimmungen dem protestantischen Eherechte in dem Maße angepaßt hat, daß der protestantische Geistliche nur unter dem Vorwande von Kirchengeboten die Einsegnung einer, nach jenen Bestimmungen erlaubten Ehe verweigern würde; ist der Entwurf allerdings den protestantischen Unterthanen gegenüber dem Grundsatze, jeden Gewissenszwang zu vermeiden, getreu geblieben; es wird darnach der protestantische Geistliche zu keiner Handlung und das protestantische Brautpaar zu keiner Unterlassung genöthigt, die mit den Grundsätzen ihrer Kirche nicht übereinstimmte, und sonach konnten die Motive die protestantischen Angehörigen über

---

der Trauung ganz Verschiedenes ist, unterscheidet. Diese Darstellungsweise dürfte für die Anwendung, wegen der bekannten Schwierigkeit, welche sich bei der Einsegnung der gemischten Ehen einstellt, nicht gleichgültig seyn.

jede etwa mögliche Furcht vor der subsidiären Civilehe vollständig beruhigen. Sobald man aber der protestantischen Bevölkerung gegenüber dadurch Gewissenszwang zu vermeiden sucht, daß man die bürgerlichen Gesetze den kirchlichen Anforderungen gemäß einrichtet, ist es Pflicht, auf demselben Wege auch den Gewissenszwang der katholischen Bevölkerung, wo Parität gilt, zu vermeiden. Wir sind vollkommen damit einverstanden, daß sich das bürgerliche Gesetz darüber kein Urtheil erlauben darf, ob der Anhänger einer Kirche, um ein solcher bleiben zu können, gewisse Gebote derselben beobachten muß; aber wir fragen: ob das bürgerliche Gesetz, welches den katholischen Geistlichen zu einer Handlung einladet und dem katholischen Brautpaar eine Ehe gestattet, die mit den Grundsätzen der katholischen Kirche nicht übereinstimmt, sich nicht jenes Urtheil erlaubt, welches die Motive selbst als unerlaubt, als einen Eingriff in die Gewissensfreiheit ja als eine Glaubenstyrannei betrachten? Denn das bürgerliche Gesetz muß unterstellen, der katholische Geistliche und das katholische Brautpaar müsse die Möglichkeit haben, den gesetzlichen Einrichtungen gemäß zu handeln und doch Mitglied der katholischen Kirche zu bleiben, denn sonst könnte es entweder die Erwartung nicht hegen, daß jenen Bestimmungen Folge gegeben würde, oder es müßte unterstellen, daß der Geistliche und die Brautleute durch die Anwendung des Gesetzes sich ausserhalb des Verbandes mit der katholischen Kirche setzten. Das Eine aber wie das Andere ist von dem Gesetze nicht zu erwarten. Das Gesetz erwartet in der That auch nur zweierlei, nämlich einmal, daß der katholische Geistliche sich zu einer Handlung nicht verstehen, das katholische Brautpaar eine Handlung nicht unterlassen will, welche die Grundsätze der katholischen Kirche verbieten, und um nun eine katholisch-kirchlich verbotene, bürgerlich-gesetzlich aber ausdrücklich für erlaubt erklärte Handlung in die Welt der Erscheinungen überzuführen, so wird auf einen Zwang gegen den katholischen Geistlichen zur Verrichtung einer Handlung, die ihm freilich rechtlich und sittlich nicht zugemuthet werden soll und wozu er also

auch wohl nicht gezwungen werden darf, verzichtet; dem Brautpaare aber ein Mittel dargeboten, unbekümmert um die Rechte der Kirche, dem kirchlichen Verbote zum Trotze, die verbotene Handlung mit bürgerlicher Wirksamkeit auszuführen.

In einem Falle der unterstellten Art setzten die Angehörigen der katholischen Kirche ihren Vorschriften, unter dem Schutze der weltlichen Gesetze, geradezu offenen Widerstand entgegen, und wenn die Motive des Entwurfs sagen: „für den Fall eines Conflicts der fraglichen Art muß ein anderer Ausweg als die Alternative, entweder Confessionswechsel oder Verzicht auf Abschließung der bezweckten Ehe, eröffnet werden, und einen solchen Ausweg bietet die ausnahmsweise Gestattung der bürgerlichen Trauung dar;" so erinnern wir nochmals daran, daß hier abermals das bürgerliche Gesetz sich jenes Urtheil erlaubt, das es selbst als unerlaubt und mehr noch hervorhebt; und daß die dargebotene Hülfe kein Ausweg, sondern im Sinne des Kirchengebots ein Abweg ist, der nicht ausnahmsweise, sondern als Regel für alle Fälle gebahnt werden soll. Uns will es scheinen, daß ächte Moral, Sittlichkeit und Humanität und eine geläuterte Staatspolitik es wohl zu beachten haben, einer Anstalt, die in dem Innersten des Menschen Wurzel fassen soll, ihren festen Boden auf dem Felde der Religion zu erhalten. So weit wie der Entwurf ist, meines Wissens, noch keine Gesetzgebung gegangen; alle, welche das Kirchliche in Berücksichtigung genommen, haben auch das Confessionelle der gleich berechtigten Kirchen in gleichem Maße geschützt. Diese Richtung des Entwurfs ist schon in seiner ersten, noch milderen Fassung, welche den eben besprochenen s. g. Ausweg noch nicht angebahnt hatte, einer energischen Kritik von Zöpfl[1]) unterworfen, wo es heißt:

„In der Abtheilung von der Auflösung der Ehe haben im Ganzen die Grundsätze des Code Napoléon als Muster gedient.

---

[1]) Heidelberger Jahrb. 1843. Nr. 4. S. 12 f.

Ob dieses für einen deutschen Staat, in welchem sich eine in confessioneller Beziehung gemischte, katholische und protestantische Bevölkerung findet, ohne bedeutende Modificationen zu empfehlen sey, möchte nicht unbedingt zu bejahen seyn. In dem Code Napoléon erscheint nämlich die Ehe rein als ein bürgerlicher Vertrag, und jedes kirchliche Element ist in demselben absolut bei Seite gesetzt, wie dieses auch von einem Gesetzbuche nicht anders erwartet werden konnte, welches in einer Zeit wie die französische Revolutionsperiode entstand, wo die Staatsgesellschaft aus allen kirchlichen Beziehungen getreten war. Consequent konnte also auch die Ehescheidung nur als die Auflösung eines bürgerlichen Vertrages von der Gesetzgebung aufgefaßt werden, und von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, muß man dem Code Napoléon die Gerechtigkeit widerfahren lassen, daß er wenigstens die hohe Bedeutung der Ehe für eine sittliche Basis der Staatsgewalt richtig erkannte und alles, was unter den gegebenen Verhältnissen möglich war, aufgeboten hat, um wenigstens frivolen Scheidungen entgegen zu wirken. Daher können auch die Grundsätze des Code Napoléon über die Ehescheidung im Allgemeinen für verträglich mit den Institutionen eines protestantischen Staates gehalten werden, in welchem die Ehescheidung nach dem confessionellen Dogma zulässig ist; sie sind aber unverträglich mit den Institutionen eines Staates, welcher, oder soweit er eine katholische Bevölkeruug hat, und die katholische Kirche landesgrundgesetzlich anerkannt ist, indem die Ehescheidung dem katholischen Dogma geradezu widerstreitet. Würde in solchen Staaten das bürgerliche Gesetz, ohne einen confessionellen Unterschied zn machen, die Scheidung der Ehe allgemein verstatten, so wäre dies wohl kaum weniger, als ein Angriff auf die confessionelle Selbstständigkeit der katholischen Kirche selbst. Im mindesten Falle würden leicht verdrießliche Collisionen entstehen, wenn das bürgerliche Gesetz dem Katholiken erlauben wollte, eine Scheidung zu erwirken und sich weiter zu verheirathen, ohne darum sich von seiner Kirche losgesagt zu haben und zur protestantischen übergetreten zu seyn. Würde man vielleicht auch

hiergegen erinnern wollen, daß der Staat den Conflict, in welchen ein Katholik unter solchen Verhältnissen mit seiner Kirche kommen muß, als eine reine Privatsache ignoriren, und dem Einzelnen selbst überlassen könne, wie er sich aus dem Conflicte mit seiner Kirche herauswinden wolle, so darf dagegen nicht unerwogen bleiben, daß der Staat doch nur zweckmäßig handeln wird, wenn er den Mitgliedern einer gesetzlich nicht nur geduldeten, sondern als Kirche positiv gesetzlich anerkannten Confession, die Mittel an die Hand giebt, ja sie gewissermaßen provocirt, den Dogmen derselben entgegen zu handeln, indem er demjenigen, der es thut, den weltlichen Schutz verspricht — ein Verfahren, woran die gesammte katholische Bevölkerung des Landes ein allgemeines Aergerniß nehmen müßte. Man wolle doch nicht übersehen, daß das seit der Restauration wieder katholische Frankreich, aus Rücksicht auf die wieder zu Ansehen gelangten confessionellen Dogmen und die kirchlichen Beziehungen der Nation, durch Gesetz vom 8. Mai 1816 die Ehescheidung gänzlich aufgehoben hat. Eine gleiche Achtung ihrer kirchlichen Interessen ist aber die katholische Bevölkerung eines jeden deutschen Staates von der Gesetzgebung zu erwarten berechtigt. Es dürfte daher wünschenswerth seyn, daß der Entwurf neben der für die protestantische Bevölkerung des Großherzogthums practischen Ehescheidungslehre auch Bestimmungen über die Trennung von Tisch und Bett in Berücksichtigung der Bedürfnisse der katholischen Bevölkerung aufnehmen möchte, da dasjenige, was in dem Entwurfe Art. 190 u. f. unter der Bezeichnung als Scheidung von Tisch und Bett vorgetragen wird, hierfür nicht genügt, indem diese im Entwurf genau nur jene, für die Ehescheidung selbst blos vorbereitenden Wirkungen hat, welche der Code Napoléon seiner Separation de corps beigelegt hat."

Die Ansicht des Entwurfes, nach welcher insbesondere die ausnahmsweise Gestattung der bürgerlichen Trauung als eine Huldigung der Gewissensfreiheit betrachtet wird, ist von einer anderen Seite sogar so aufgefaßt, als wenn man mit den Vorschriften der Art. 33 und 37 den Leuten gewissermaßen sagte:

„Es ist mir sehr lieb, wenn Ihr hübsch fromm und kirchlich gesinnt seyd: Geht also, wenn Ihr freien wollt, vor Allem zu Eurem Seelenhirten, und erbittet Euch den Segen des Himmels, damit Euch „die höhere Grundlage der Ehe" recht klar ins Bewußtseyn trete.

„Ganz im Vertrauen muß ich Euch jedoch gestehen, daß das so sehr ernstlich nicht gemeint ist, als es den Anschein hat, daß Ihr Euch vor den gestrengen Herrn nicht zu fürchten braucht, die manchmal ihren Segen an allerlei Bedingungen knüpfen wollen, die Euch vielleicht beschwerlich fallen und die wohl gar der Meinung sind, daß der Himmel zu einer Verbindung, wie Ihr sie wollt, seinen Segen gar nicht geben dürfe. — Kommen sie Euch nun mit solchen Bedenklichkeiten und Schwierigkeiten, die ich nicht respectire, ei! so erklärt ihnen, daß sie darnach nicht zu fragen haben, und kommt wieder zu mir, ich will Euch schon helfen, und Euch anderweitig eben so bündig zusammen thun lassen. Denn jene Herrn sollen nicht meinen, daß sie das Ding allein verstehen."

Wenn, wie es die Motive selbst ankündigen, das Experiment nur gegen die katholische Kirche in Anwendung kommen wird, so frägt diese billig, wo dafür die Gründe sind? Eine Opinion, die das Gesetz für die protestantische Kirche anerkennt, soll es für die katholische nicht umstürzen. Meint man aber einen Grund darin finden zu dürfen, daß die katholische Kirche Ehehindernisse habe, welche die protestantische nicht anerkenne, und wodurch es Katholiken wie Protestanten erschwert werde, so leicht die Trauung des katholischen Geistlichen als die des protestantischen zu erlangen, so ist darauf zu erwiedern, daß die katholische Kirche ja gerade in diesen Abweichungen ihre Eigenthümlichkeiten, zu diesen aber staatsgrundgesetzlich ein Recht des Bestehens und in Deutschland insbesondere ein gleiches Recht, wie die protestantische Kirche, auf ihre Eigenthümlichkeiten hat, und daß es darum weder gerecht, noch legislatorisch klug ist, auf Kosten des Rechts der katholischen Kirche den Neigungen einzelner Mitglieder derselben

gesetzlich die Waffen in die Hände zu geben, um in offenen Widerstand gegen die Anordnungen der Kirche treten zu können. Davon, daß dadurch zugleich der andern Kirche ein Opfer gebracht werden soll, mag gar nicht einmal die Rede seyn. Als im Jahre 1816 durch Gesetz v. 8. März in Frankreich die Ehescheidung gänzlich aufgehoben wurde, mißbilligte man bekanntlich die Maßregel, weil dadurch der Protestant die Folgen des katholischen Dogmas zu übernehmen habe [1]); warum will man dann jetzt den großen Unterschied nicht einsehen, der darin liegt, wenn ein bürgerliches Gesetz blos eine Handlung verbietet, welche ein Kirchengesetz erlaubt, und wenn gerade umgekehrt ein bürgerliches Gesetz eine Handlung erlaubt und zu deren Ausführung behülflich ist, welche die Kirche selbst auf den Grund eines Dogma verbietet. Daß es nicht unsittlich, nicht irreligiös und keinen Trotz gegen die Kirche, der man angehört, ist, wenn man eine Handlung, z. B.

---

1) Auch wir mißbilligen die Ausdehnung, wenn sie eine Huldigung des katholischen Dogma's der protestantischen Lehre gegenüber seyn sollte. Erinnert man sich aber an die Aeusserung eines protestantischen Publicisten: „Zum allermeisten wird sich aber für jetzt die evangelische Kirche des christlichen Ehestandes anzunehmen haben. Zwar kann sie nicht unmittelbar der Vorwurf treffen, daß durch die Leichtigkeit der Ehescheidungen nach den Staatsgesetzen die Sittlichkeit der Ehe herabgewürdigt werde, auch der evangelischen Kirche gilt die christliche Ehe für unauflöslich, aber verschuldet hat es zum Theil die Deferenz ihrer Vorsteher und Lehrer, daß es zu solchen Extremen gekommen ist und daß deßhalb die protestantische Ehe der katholischen Religionspartei, welche in diesem Stück eine gewiß ehrenwerthe Strenge bewahrt hat, zum Aergerniß und Spott werden konnte. Wird man erst hierin wieder strenger geworden seyn, von Seiten des Staates und der evangelischen Kirchenverwaltung, so werden auch gemischte Ehen bei weitem nicht mehr so viel Bedenken erregen, als gegenwärtig der Fall ist," (Der gegenwärtige Grenzstreit zwischen Staats- und Kirchengewalt 1839, S. 142) — so dürfte der französischen Gesetzgebung wenigstens nicht der Vorwurf gemacht werden können, daß sie die protestantisch-kirchlichen Interessen *gefährdet* habe.

eine Ehescheidung, nicht vornimmt, welche man nach dem Kirchengesetze vornehmen dürfte, braucht wohl nicht erst bewiesen zu werden, zumal wenn die Handlung an sich von der Kirche wie von den handelnden Personen selbst oft nicht gerne gesehen, oft nur als ein Uebel betrachtet wird [1]). Wenn der Staat eine solche Handlung nun ein= für allemal auch verbietet, so billigt er wenigstens nichts Irreligiöses. Aber wenn er eine kirchlich verbotene Handlung in demselben Gesetze sogar, worin er die Kirchlichkeit zur Weire bürgerlicheh Einrichtungen zu schützen ankündigt, erlaubt und ihre Ausführung vermittelt, dann gefährdet er das Recht der Kirche. Es ist Aufgabe der Gesetzgebung in paritätischen Staaten, jene Gleichheit der Confessionen zu vermitteln, die darin besteht, daß jede in dem ganzen Umfange ihres kirchlichen Lebens völlig frei und ungestört wirken kann. Eine Gesetzgebung dagegen, welche das kirchliche Leben selbst gleich machen will, beginnt geradezu ein Zerstörungswerk, und unterdrückt immer eine, oft alle Konfessionen. Die bürgerliche Gesetzgebung hat allerdings kein religiöses Dogma auszusprechen; aber viel weniger noch hat sie Dogmen und wesentliche Einrichtungen einer staatsgrundgesetzlich berechtigten Kirche aufzuheben und dieses so wenig direct als indirect. Daß aber der Entwurf gerade darauf gerichtet ist, eine Collision des bürgerlichen Gesetzes mit einem Dogma der katholischen Kirche dadurch zu beseitigen, daß dem Katholiken Hülfe geleistet wird, mit Umgehung des kirchlichen Verbots zum Ziele zu gelangen, sagen die Motive zum Art. 37 sehr bestimmt.

Wir halten es für Unrecht, wenn die bürgerliche Gesetzgebung

---

[1]) „Wir wissen, daß jede Scheidung den ausdrücklichen Befehl Christi gegen sich hat, und weil wir eben wissen, daß eine Scheidung immer gegen den Willen des Herrn geschieht, so müssen wir gestehen, daß wir uns allemal von Herzen schämen, so oft ein solcher Fall sich ereignet.“ Schleiermacher in einer Predigt: Was über die Auflösung der Ehen unter Christen zu halten sey. Predigtsamml. Berlin 1826.

dem geschiedenen Protestanten eine Wiederverheirathung verbietet, weil sie dem Katholiken verboten ist; aber wir halten es auch für unrecht, wenn sie dem Katholiken eine Scheidung erlaubt, weil sie dem Protestanten erlaubt ist. Eben so soll das bürgerliche Gesetz dem evangelischen Geistlichen die Ehe nicht verbieten, dem katholischen sie nicht gestatten. Eine Gesetzgebung die anders handelt, übt das Gegentheil des Schutzrechtes aus. Man erwiedere nur nicht, solche Bestimmungen vermitteln eine Gleichheit vor dem Gesetze, oder gar Gewissensfreiheit; denn eine Gleichheit darf, auf das vorliegende Verhältniß angewendet, nur das Product der freien Selbstbestimmung der Staatsangehörigen seyn, wornach sie sich zu der einen oder andern Kirche bekennen; und das Recht zu diesem Bekenntniß folgt aus der Gewissensfreiheit, die in dieser Richtung das bürgerliche Gesetz anzuerkennen und zu achten hat. Differenzen, die aus der Confession folgen, sind keine Ungleichheiten vor dem bürgerlichen Gesetze; sie bestimmen den kirchlichen Status eines Individuums, und die Gleichheit vor dem Gesetze besteht in nichts mehr und nichts weniger, als dem gleichen Staatsschutze in der Handhabung und Erhaltung der Achtung der eigenthümlichen kirchlichen Einrichtungen und ganz besonders des religiösen Dogma's. Möchten die Gesetzgeber hier nur beherzigen, was der Staatsminister v. Grolman so wahr als schön sagt:

„Die Ehe, als die menschliche Geschlechtsverbindung, nicht gegründet auf thierischen Instinct, sondern auf den in der Liebe veredelten und mit dem Charakter der Unendlichkeit bekleideten Trieb, ist unstreitig ihrem inneren Wesen nach moralischer Natur. Ein Staat, welcher dies verkennen, welcher das Wesen der Ehe durch die Charaktere eines blos juridischen Contractes für genügend bezeichnet betrachten und daraus seine legislativen Bestimmungen ableiten wollte, würde unstreitig naturwidrig und verwerflich verfahren. Darüber ist kein Zweifel weder in der Theorie, noch in der Praxis, weil glücklicher Weise die Forderungen zusammenfallen, welche die Politik des Staates an die Grundlage der Familienverbindungen machen muß, welche ohne

Stabilität und Ordnung dem Staate nicht seyn können, was sie ihm seyn sollen.

„Da nun das Moralische mit dem Religiösen nothwendig zusammenfällt, da, gerade so wie das Naturrecht sich in positiven Gesetzgebungen darstellen muß, auch das Religiöse nur in den Bestimmungen der einzelnen positiven Religionen äusserlich dargestellt werden kann, da sonach auch die Folgerungen aus der moralischen Natur der Ehe sich jedem Menschen als Sanctionen seiner positiven Religion ausdrücken müssen und dem größten Theile der Menschen, welchem der moralische Gesichtspunkt mit dem religiösen verschwindet, gar nicht anders ausdrücken können, so scheint es, daß der Staat die Ehe, um sie nicht von ihrer moralischen Natur entblößt zu ergreifen, nothwendig in den Bestimmungen auffassen müsse, welche sie in den, von ihm geduldeten positiven Religionen empfangen hat und daß er daher keine, in den Augen der Kirche, zu welcher ein jeder gehört, verwerfliche Ehe als bürgerlich gültig betrachten und keiner solchen die rechtlichen Wirkungen verheißen dürfe, welche seine Gesetze an die von ihm anerkannten Ehen knüpfen."

In dieser Betrachtung v. Grolman's sind die wahren Momente angedeutet, auf welche confessionelle Gerechtigkeit als Bedingung der Gleichheit vor dem Gesetze, gebaut werden soll. Keine Ungleichheit wird tiefer empfunden, als die confessionelle, sie berührt das Edelste und Heiligste des Menschen. Der Gesetzgeber und der Staatsmann, welche politisch handeln sollen, dürfen aber niemals vergessen, daß gerade eine geläuterte Staatspolitik nicht weniger gehaltvoll seyn darf, als die Politik des Alterthums. Politik und Religion waren den Griechen und Römern gleich bedeutende Worte mit Weisheit und Gerechtigkeit. Politik war die Kenntniß der Gerechtigkeit, Religion die Verpflichtung, Gerechtigkeit zu üben. In diesem Sinne war im Alterthum und soll auch jetzt noch die Politik religiös seyn; und darum ist nichts unpolitischer, als den Staatsangehörigen durch die Gesetzgebung den

Abweg zu bahnen, wie sie sich über die Forderungen der Religion, wie sie in den confessionellen Auffassungen ausgedrückt und anerkannt ist, hinwegsetzen können und weltlich-gesetzlich dürfen. „Dadurch wird die Gesinnung eines Volks untergraben, die Treue, der Glaube, das Vertrauen, die Biederkeit, das edelste Wesen des Bürgers, wird gewaltsam aus dem Herzen gerissen, dafür aber werden eben so gewaltsam Gesinnungslosigkeit, Untreue, religiöse Gleichgültigkeit, Unglaube, Mißtrauen, Heuchelei, Kriecherei, falsches Wesen, Unwahrheit, Unbiederkeit und alles Unedle den Herzen und Gemüthern eingepflanzt. Was kann aber ein so demoralisirter Katholik noch für einen bürgerlichen Werth in den Augen einer protestantischen und ein so herabgewürdigter Protestant in den Augen einer katholischen Regierung haben? Die ganz eigene Strafe der confessionellen Rücksichtslosigkeit und Ungerechtigkeit zeigt sich deßhalb darin, daß der Staat, der sich derselben schuldig macht, sich selbst in jene absolut verderbliche Stellung bringt, in und nach welcher er sich genöthigt sieht, die Treue des Bürgers von der Untreue, die Gesinnung von der Gesinnungslosigkeit, den Glauben von der Perfidie, die Wahrheit von der Falschheit, die Wahrhaftigkeit von der Lüge, das Vertrauen von dem Mißtrauen, die Offenheit und Geradheit von der Heuchelei und das Edle vom Unedlen zu fordern. Die Wage der Gerechtigkeit, dieses schöne Symbol der Gleichheit vor dem Gesetze, sie leistet der Gesetzgebung niemals heilbringenden Dienst, wenn nicht stets das richtige Gewicht gebraucht wird.[1])

Wenn uns die neueren Conflikte im Großherzogthum Baden über die kirchliche Trauung gemischter Ehen die Ueberzeugung aufdringen, daß eine subsidiäre Staatsehe dort, wo die bürgerliche Gesetzgebung den Geistlichen, der zugleich Civilstandsbeamter ist, für sein Benehmen, das ihm durch seine kirchliche Stellung geboten wird, verantwortlich macht, nicht so geraden Wegs zum

---

[1]) Staudenmaier a. a. O. S. 336 f.

Ziele führt; so dürfte der Vorschlag des Großh. Hessischen Entwurfs, der dem religiösen Dogma ganz offen entgegentritt und daneben noch weitere Einschreitung der weltlichen Behörde im Interesse des Dienstes (?) in Aussicht stellt, schwerlich befriedigendere Resultate versprechen.

Darum bleiben zur Wahl nur die beiden Systeme, das der allein kirchlichen und das der allein bürgerlichen Trauung übrig.

Eine Gesetzgebung, welche das System der kirchlichen Trauung aufzunehmen beabsichtigt, wird aber nur dann, mit Vermeidung von Conflicten, die aus Collisionen nothwendig hervorgehen, ihren Zweck erreichen, wenn sie das kirchliche und beziehungsweise confessionelle Element vollständig und in seinem wesentlichen Bestande anerkennend, berücksichtigt. Daß dieses, ohne Beeinträchtigung der Staatsinteressen, geschehen kann, hat besonders die österreichische Gesetzgebung annäherend bewiesen.

Sie hat das kirchliche Element nicht bei Seite gesetzt, deshalb aber auch das Confessionelle durchaus nicht unberücksichtigt gelassen. Nach dem allgemeiuen bürgerl. Gesetzb. §. 3 kann das Band einer gültigen Ehe zwischen katholischen Personen nur durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden; gestattet das Gesetz, §. 115, nicht katholischen christlichen Religionsverwandten nach ihren Religionsbegriffen aus erheblichen Gründen die Trennung der Ehe zu fordern, und das Gesetz §. 116 gestattet dem nicht katholischen Ehegatten aus erheblichen Gründen selbst dann auch dennoch die Trennung zu fordern, obschon der andere Theil zur katholischen Religion übergetreten ist, wodurch die Bestimmung des §. 111, wonach das Band der Ehe auch dann unauflöslich ist, wenn auch nur ein Theil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugethan war. Auch die Wiedervereinigung getrennter Ehegatten ist ganz den Religionsbegriffen der Confessionen gemäß geordnet (§. 110 u. 118 d. a. b. G.); und eben so rücksichtsvoll sind die Eheverhältnisse der Juden geregelt (§. 123 f.)

Während das österreich. Gesetzbnch hiernach dem Kirchen-

gesetze jedes Glaubens die volle Rücksicht zuwendet, und ihm die Achtung der Angehörigen sichert; hat das preußische Gesetzbuch (A. L. R. II. 1. §. 11. 12. 731. 732. 734. 735.) die Lehre entschieden aus dem Standpunkte der protestantischen Kirche geordnet; daher bewirkt jede Scheidung die gänzliche Aufhebung der Ehe mit allen ihren Folgen. Es bleibt dem Gewissen überlassen, inwiefern ein geschiedener Ehegatte, gegen die Grundsätze seiner Religion, zur weitern Ehe schreiten will. Auch verliert eine Ehe, welche nach den Landesgesetzen erlaubt ist, dadurch, daß die Dispensation der geistlichen Obern nicht nachgesucht oder versagt worden ist, nichts an ihrer bürgerlichen Gültigkeit.

Kann man nun die Möglichkeit, die bürgerliche Gesetzgebung in der Lehre von der Ehe in die vollständigste Harmonie mit dem religiösen, kirchlichen und confessionellen Element zu bringen, nicht in Abrede stellen, so scheint es wenigstens nicht zweifelhaft zu seyn, daß eine Gesetzgebung niemals das religiöse Element unberücksichtigt lassen darf, daß aber, wenn sie auf das kirchliche eingeht, dann nothwendig auch das confessionelle durchaus zu achten und nach Verschiedenheit der anerkannten und geduldeten Confessionen und Secten berücksichtigen, schonen, und ihm die Wirksamkeit seiner zugestandenen Existenz nicht bloß direct, oder indirect nicht allein nicht untergraben darf, sondern geradezu vermitteln soll.

Darüber allein kann von dem Standpunkte der Staatsklugheit die Frage seyn: ob die Gesetzgebung auf bloß kirchliche Elemente Rücksicht nehmen soll oder nicht?

Als die französische Gesetzgebung die Civilehe einführte, war sie sich des Zwiespalts der Ansichten wohl bewußt, und man kann die zuletzt gefaßte Entschließung mißbilligen, muß aber doch zugestehen, daß vorher alle in die Wagschaale zu legenden Momente in Erwägung gezogen wurden. Interessant ist nebst vielem Andern, was Portalis in der Sitzung des 16. Ventose des Jahres XI im Staatsrath bemerkte:

„On parle diversement du mariage, d'après les idées dont on est diversement préoccupé.

„Les philosophes observent principalement dans cet acte la rapprochement des deux sexes; les jurisconsultes n'y voient que le contrat civil; les canonistes n'y aperçoivent qu'un sacrement, ou ce qu'ils appellent le contrat ecclésiastique.

„Cependant pour avoir une notion exacte du mariage, il faut l'envisager en lui-même et sous ses différents rapports.

„Le mariage en soi ne consiste pas dans le simple rapprochement des deux sexes. Ne confondons pas à cet égard l'ordre physique de la nature, qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel, qui est particulier aux hommes.

„Nous appelons droit naturel les principes, qui régissent l'homme considéré comme un être moral, c'est-à-dire, comme un être moral et libre, et destiné à vivre avec d'autres êtres intelligents et libres comme lui.

„Le désir général qui porte un sexe vers l'autre et qui suffit pour opérer leur rapprochement, appartient à l'ordre physique de la nature. Le choix, la préférence, l'attachement personnel, qui déterminent ce désir et le fixent sur un seul objet, ou qui du moins lui donnent sur cet objet préféré un plus haut degré d'énergie; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques, qui naissent de l'union une fois formée et qui s'établissent nécessairement entre des êtres capables de sentiment et de raison : tout cela et de l'empire du droit naturel.

„Les animaux qui ne cédent qu'à un mouvement ou à un instinct aveugle, n'ont que des rapprochements fortuits ou périodiques, dénués de toute moralité. Mais chez les hommes, la raison se mêle toujours plus ou moins à tous les actes de leur vie; le sentiment est à coté du désir et le droit succède à l'instinct. Je découvre un véritable contrat dans l'union des deux sexes.

„Ce contrat n'est pas purement civil, quoi qu'en disent les jurisconsultes; il a son principe dans la nature, qui a daigné

nous associer en ce point au grand ouvrage de la création; il est inspiré et souvent commendé par la nature même.

„Ce contrat n'est pas non plus un pur acte religieux, puisqu'il a précédé l'institution de tous les sacrements et l'établissement de toutes les religions positives et qu'il date d'aussi loin que l'homme.

„Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses? c'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter les poids de la vie et partager leur commune destinée.

„Il était impossible d'abandonner ce contrat à la licence des passions. Les animaux sont conduits par une sorte de fatalité; l'instinct les pousse, l'instinct les arrête: leur désirs naissent de leurs besoins et le terme de leurs besoins devient celui de leurs désirs. Il n'en est pas ainsi des hommes: chez eux, l'imagination parle quand la nature se tait. La raison et la vertu qui fondent et assurent la dignité de l'homme, en lui laissant le droit de rester libre et en lui ménageant le pouvoir de se commander à lui-même, n'opposeraient souvent que de bien faibles barrières à des désirs immodérés et à des passions sans mesure. Ne craignons pas de le dire: si dans des choses sur lesquelles nos sens peuvent exercer un empire tyrannique, l'usage de nos forces et de nos facultés n'eut été constamment réglé par des lois, il y a longtemps que le genre humain eut péri par les moyens même, qui lui ont été donnés pour se conserver et pour se reproduire.

„On voit donc pourquoi le mariage a toujours fixé la sollicitude des législateurs. Mais les réglements de ces législateurs n'ont pu détruire l'essence ni l'objet du mariage en protégeants les engagements que le mariage suppose et en régularisant les effets qui le suivent. D'autre part, tous les peuples on fait intervenir le ciel dans un contrat qui doit avoir une si grande influence sur le sort des époux,

et qui, liant l'avenir au présent, semble faire dépendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains, dont le résultat se présente à l'esprit comme le fruit d'une bénédiction particulière. C'est dans de telles occurrences que nos espérances et nos craintes ont toujours appelé le secours de la religion, établie entre le ciel et la terre, pour combler l'espace immence qui les sépare.

»Mais la religion se glorifie elle-même d'avoir été donnée aux hommes non pour changer l'ordre de la nature, mais pour l'annoblir et le sanctifier.

„Le mariage est donc aujourd'hui ce qu'il a toujours été, un acte actuel, nécessaire, institué par le créateur lui-même.

„Sous l'ancien régime, les institutions civiles et les institutions religieuses étaient intimement unies. Les magistrats instruits reconnaissaient qu'elles pouvaient être séparées, ils avaient demandé que l'état civil des hommes fut indépendant du culte qu'ils professaient. Ce changement rencontrait de grands obstacles.

»Depuis la liberté des cultes a été proclamé. Il a été possible alors de séculariser la législation. On a organisé cette grande idée, qu'il faut souffrir tout cè que la providence souffre et que la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes.

„Vous pouvez juger actuellement, législateurs, quelle a été la marche qu'on a suivie dans la rédaction du projet de loi. En respectant les principes de la raison naturelle, on a cherché à faire le bien des familles particulières et celui de la grande famille qui les comprend toutes.

„Nous avons vu, par la définition du mariage, que cet acte, dans ses rapports essentiels, embrasse à la foi l'homme physique et l'homme moral. En déterminant les qualités et

les conditions requises pour pouvoir contracter mariage, nous avons cherché à défendre l'homme moral contre ses propres passions et celles des autres, et à nous assurer que l'homme physique a la capacité nécessaire pour remplir sa destination.«

Zuletzt concentrirt sich die Auffassung von Portalis in der Ansicht: »les droits de la souveraineté sont inaliénables et inprescriptibles. La loi civile peut dont aujourd'hui ce qu'elle pouvait autrefois et elle a dû reprendre l'exercice du droit d'accorder des dispenses, depuis que le contrat de mariage a été séparé de tout ce qui concerne le sacrement.

„Si les ministres de l'église peuvent et doivent veiller sur la sainteté du sacrement, la puissance civile est seule en droit de veiller sur la validité du contrat Les réserves et les précautions dont les ministres de l'église peuvent user pour pourvoir à l'objet religieux, ne peuvent, dans aucun cas ni en aucune manière, influer sur le mariage même, qui en soit est un objet temporel."

Das ist im Wesentlichen auch die Auffassung von v. Grolman [1]), wenn er in der vorhin (S 342) schon mitgetheilten Darstellung fortfährt: „Auf der andern Seite scheint es dagegen, als dürfe der Staat bei einem Institute, welches nicht bloß der Kirche angehört, sondern auch seine rechtliche und politische Seite hat, sich nicht unbedingt der Abhängigkeit von der Kirche Preis geben. Es scheint seiner Würde zu entsprechen, daß er selbstständig prüfe, was ihm das Institut, sowohl in Hinsicht der moralischen Würde der Menschen, als in Hinsicht auf seine politischen Zwecke, zu erfordern scheine und daß er, wenn er bei seiner

---

[1]) Diese Ansicht ist von v. Grolman im Jahre 1811 ausgesprochen, also in einer Zeit, wo der Grundsatz des Art. 16 der deutschen Bundesakte noch nicht staatsgrundgesetzliches Rechtsprincip geworden war, welches jetzt, wie später noch näher ausgeführt werden wird, für die Gesetzgebung durchaus maßgebend ist.

Prüfung nicht leichtsinnig zu Werke gegangen ist und sich nur allen Zwangs zu demjenigen, was der religiöse Glaube des Einzelnen verdammen möchte, enthält, es ruhig dem Gewissen der Anhänger solcher Kirchen, welche in ihren Forderungen weiter gehen, als er in der seinigen, überlassen könne, wie sie sich in Ansehung desjenigen verhalten wollen, was zwar ihre Kirche zur religiösen Heiligung, nicht aber zu der politischen Sanctionirung des Instituts voraussetzt. Es scheint, als ob ganz vorzüglich in einem Staate, dessen Bürger verschiedenartigen Religionen zugethan sind, es interessant sey, Unabhängigkeit der Staatsgesetzgebung von dem Charakteristischen der einzelnen Kirchen zu bewähren, als ob gerade hier der Staat keine Gründe habe, anzunehmen, daß Moralität nicht ohne Glauben an alle positiven Sanctionen einer bestimmten Religion bestehen könne und als ob es daher sehr gut eine Vertheidigung zulasse, wenn er den Glauben an bestimmte positive Religionsgrundsätze nicht zur conditio sine qua non für das Geben des wichtigsten Theils der bürgerlichen Rechte — der aus der Ehe entstehenden Familienrechte nämlich — erhebe und nicht, um eben dieses Glaubens willen, sich bestimme, eine in den Augen jedes Richtigurtheilenden entheiligte und ihrer moralischen Würde entkleidete Ehe, zum größten Nachtheile für Familienwohl und für seine politischen Zwecke, gegen den Willen der Eheleute, zu perpetuiren."

Das wichtigste Moment in dieser Auffassung des scharfsinnigen Gelehrten ist offenbar der Gesichtspunkt, daß ein Staat, dessen Bürger verschiedenartigen Religionen zugethan sind, Unabhängigkeit der Staatsgesetzgebung von dem Charakteristischen der einzelnen Kirchen zu gewähren habe. Unabhängigkeit bewährt aber der Staat nicht durch Rücksichtslosigkeit, sondern durch die Lösung der Aufgabe, das Charakteristische der einen Kirche nicht mit dem Charakter der Nothwendigkeit für die andere Kirche, durch Vermittlung des Staatsgesetzes, zu bekleiden, also zu vermeiden, daß das Charakteristische der Staatsgesetzgebung in irgend einem Punkte mit dem Charakteristischen einer Kirche

zusammentreffe; denn davon ist alsdann immer Ungleichheit in der Berücksichtigung die Folge, wenn einem absoluten Gebote oder Verbote der Kirche ein absolutes Gebot oder Verbot des Staates gegenübertritt, oder der Staat das Gegentheil auch nur unbedingt gestattet. Die Lösung dieser Aufgabe ist jedenfalls schwerer, als jener, welche dem Charakteristischen jeder Kirche im Staate die möglichste Anwendbarkeit zu vermitteln versucht.

Nun besteht aber das Charakteristische bei Schließung und Auflösung der Ehe der einzelnen christlichen Kirchen gerade darin, daß nach den Grundsätzen der katholischen Kirche Trauung und Einsegnung der Ehe nicht, nach Grundsätzen der evangelischen aber wohl nothwendig ist; und daß eine Trennung der Ehe vom Bande nach Grundsätzen der katholischen Kirche nicht, nach Grundsätzen der evangelischen aber wohl zulässig ist.

Betrachten wir zunächst das Charakteristische der Abschließung der Ehe.

Die Form der Schließung der Ehe hat seit der Verbreitung des Christenthums unter den Christen und in den christlichen Staaten von mancherlei Nebenumständen abgehangen, wenn gleich über das wesentliche Moment der Abschließung in der katholischen Kirche, »matrimonium solo consensu contrahitur« [1]), niemals ein Zweifel obwaltete. Die Nebenumstände, welche darauf einwirkten, hingen davon ab: ob eine Verbindung bloß unter Christen, oder eines Christen mit einem Nichtchristen in Frage stand; ob die Ehe den gesetzlichen Anordnungen gemäß, oder mit denselben im Widerspruch stand; hiernach bestimmte sich dann auch, ob bloß die gesetzwidrige Art des Abschlusses der Ehe mißbilligt, oder die Ehe selbst für ungültig und nichtig erklärt wurde.

Was nun die Ehe der Christen unter einander ande-

---

[1]) Cap. 14. x. de spons. et matrim. 4, 1.

trifft, so ist es wahrscheinlich, daß während der ersten dreihundert Jahre die Ehe durch die Priester feierlich eingesegnet wurde. [1]) Dagegen betheiligten die Diener der Kirche sich nicht bei Ehen der Christen mit Nichtchristen, weil diese die Kirche mißbilligte [2]); insofern aber die weltlichen Gesetze solche Ehen gestatteten, hatte die Kirche nicht die Macht, sie aufzulösen [3]), wohl aber, sie mit Censuren zu belegen [4]); insofern aber in bestimmten Fällen die bürgerlichen Gesetze selbst eine Ehe verboten [5]) und sonach das weltliche Verbot mit dem kirchlichen [6]) übereinstimmte, erklärte auch die Kirche die Ehe für nichtig und wirkungslos. [7]) Ehen

---

[1]) Tertullian ad uxor. L. II. c. 9: »Unde sufficiam ad enarandam tantam felicitatem matrimonii, quod ecclesia conciliat, et confirmat oblatio, et obsignat benedictio, angeli renuntiant, Pater ratum habet.« Mehrere Stellen aus Kirchenvätern bei J. Bingham Antiq. eccles. l. 22. cap. 4. §. 1.

[2]) S. Note 6 u. Conc. Eliberitanum anni p. Chr. 303, 306, 309 c. 15, 16, 17. — Conc. Arelatense a. 314 c. 11. — Conc. Laodicenum a. 364. c. 10. 31.

[3]) Frey Commentar üb. d. Kirchenrecht Th. 3. §. 238.

[4]) Tertullian l. c. cap. 3, 9. — Augustin l. 9. confess. cap. 9. — Justini M. apologiae duae et dialog. Lond. 1722. p. 106 seq. — Ambrosius de Abrahamo Patriarcho I. 9. Epist. lib. 9. epist. 70. Expositio in Evang. Lucae c. 16.

[5]) Cod. Theod. de nupt. gent. 3, 14. — Cod Just. de Judaeis 1, 9. — Const. 2. C. Th. 3, 7. — Const. 5. C. Th. 9, 7. — Zimmern. Röm. R. G. I. §. 130.

[6]) 2. Mos. XXXIV, 16. — 5. Mos. VII, 3. — Jos. XXIII, 13. — Nehem. XIII, 23. — Vgl. 1 Könige XI, 2. XVI, 31. — Richt. III, 5—7. — 2. König. VIII. 18. 27. XI. 1. 2. — Chron. XXII. 10.— Augusti. Handb. d. christl. Archäologie. Leipz. 1837. Bd. 3. S. 144 f. Ueber die Stellen des neuen Testaments: 1. Corinth. VII, 12—17. — 2. Corinth. VI, 14. — 2. Joh. V, 10. — Augusti a. a. O. — Binterim Denkw. Bd. V. Th. 2. S. 222. f. Bd. VI. Th. 1. S. 419 f.

[7]) Conc. Carthagin. III. a. 397. c. 12. — Calcedonense a. 451. c. 14. — Agathense a. 506. c. 67. (Vgl. aus dem Decret. P. II.

endlich, welche zwar nicht die Kirche, wohl aber der Staat verboten hatte, mißbilligte aus diesem Grunde auch die Kirche, ohne die, ohne ihre Mitwirkung zu-Stande gekommene, Ehe bloß darum, weil sie dem weltlichen Gesetze widersprach, für ungültig und wirkungslos zu erklären.

Die Kirche kam in die Lage, ihre Wirksamkeit in dem angegebenen Umfange über die Ehe ausdehnen zu können, weil es Gewohnheit geworden war, daß die Nupturienten ihren Entschluß, heirathen zu wollen, dem Bischofe anzeigten, der ihn alsdann der ganzen Gemeinde verkündigte. »Ideo penes nos occultæ quoque coniunctiones, id est, non prius apud ecclesiam professae, juxta moechiam et fornicationem iudicari periclitantur; nec inde conserto obtentu matrimonii crimen eludant.[1]« Diese Anzeige wurde für so nothwendig gehalten, daß, wenn sie unterblieb, die priesterliche Einsegnung, welche im Verlaufe der Zeit angeordnet war, nicht erfolgte.[2] So verordnet ein Decret des Papstes Hormisdas (gewählt im Jahr 514): »Nullus fidelis, cuiuscumque conditionis sit, occulte nuptias faciat, sed benedictione accepta a sacerdote publice nubat in Domino.[3]«

Die hierbei beobachteten Gebräuche sind in einer Stelle des Decrets, welche dem Papste Evaristus (J. 110) zugeschrieben wird, in folgender Weise angegeben[4]: »Aliter legitimum non

---

c. 28. Q. 1 c. 16.) — Aurelianense a. 533. c. 19. — Arvernense a. 535. — Trullanum v. Quinisextum a. 692. c. 72. — Posoniense a. 1309. c. 8. —

[1]) Tertullian de pudicitia cap. 4. Aus dieser professio matrimonii sind die kirchlichen Proklamationen entstanden.

[2]) Ambrosius Epist. 70: »Quum ipsum coniugium velamine sacerdotale et benedictione sanctificari oporteat.« Possidius in vita Augustini c. 27. J. Chrysostomus in homil. 48 in Genesin Tom 2. §.. 681. Bingham l. c.

[3]) Hormisdas Decret. c. 6. Causa XXX. Q. 5. c. 2.

[4]) Causa XXX. Q. 5. c. 1.

sit conjugium, nisi ab his, qui super ipsam foeminam dominationem habere videntur, et a quibus custoditur, uxor petatur, et a parentibus et propinquioribus sponsetur et legibus dotetur, et suo tempore sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur et a paranymphis, ut consuetudo docet, custodita et societas a proximis congruo tempore petita legibus detur, ac solenniter accipiatur, et biduo, vel triduo orationibus vacent et castidatem custodiant. Ita peracta legitima scitote esse connubia: aliter vero præsumpta, non conjugia, sed adulteria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes potius, quam legitima conjugia esse non dubitare, nisi voluntas propria suffragaverit, et vota succurrerint legitima.«

Es scheint, daß man solche Ehen, bei welchen diese Förmlichkeiten, wozu auch die Benediction allerdings gehörte, nicht sämmtlich in Anwendung gekommen, heimliche nannte; und daß die Benediction allein der Ehe den Charakter einer öffentlichen schon deßhalb nicht ertheilte, weil ohne jene Voraussetzungen, welche eine feierliche Einsegnung bedingten, diese nicht statthaft war. [1])

Bis gegen das achte Jahrhundert scheinen die Bestimmungen über den Abschluß der Ehe, besonders der kirchlichen Erfordernisse, vielfach vernachlässigt worden zu seyn, denn sowohl die weltliche, als kirchliche Gesetzgebung ergreifen den Gegenstand ordnend, erinnernd und neu bestimmend, aber stets in großer Uebereinstimmung mit einander. Denn während im Occident in einer Reihe von Vorschriften insbesondere auf öffentliche Abschließung der Ehen gedrungen wird [2]), wird in den Capitularien Carls des

---

[1]) M. s. hierüber Arch. d. Kirchenrechtswissenschaft von Weiß Bd. V. S. 243 f.

[2]) Concilium in verno Palatio de an. 755. c. 15. (Harduin T. 3. p. 1997.) — Conc. Forajuliense de an. 791. c. 8. (Harduin T. 4. p. 859.) — Conc. German. de an. 799. c. 12. (Mansi T. 13. p. 1027).

Großen ganz besonders sowohl bei dem Verlöbniß, als bei der Schließung der Ehe auf priesterliche Einsegnung gedrungen. So heißt es an einer Stelle (VII, 179): »Si (sacerdos) licita et honesta omnia pariter invenerit, tunc (is qui nubere vult) per consilium et benedictionem sacerdotis ...... sponsare debet ..... Postquam ista omnia probata fuerint et nihil impedierit, tunc si virgo fuerit, cum benedictione sacerdotis, ... publice et non occulte ducenda est uxor.«

An einer andern Stelle (VI, 133) heißt es: »nullum ... sine publicis nuptiis fiat coniugium,« ferner (VII, 179): »Conveniendus est sacerdos in cuius parochia nuptiae fieri debent in ecclesia coram populo. Et ibi inquirere una cum populo ipse sacerdos debet etc. ...« sodann (VII, 389): „sciendum est omnibus et firmiter retinendum, quod hi qui uxores ducere voluerint ... debent eas cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur accipere. Sed prius eas dotali titulo debent contigare.«

Endlich wird eine Vorschrift des westgothischen Gesetzbuchs (XII. 3. c. 8), welche für die Juden gegeben war, fast wörtlich auf die Christen ausgedehnt, in den Additam. IV. 3 dahin lautend: »Illud modis omnibus observandum fore, ut si quis Christianus vel Christiana aut Judaeus vel Judaea, noviter nuptiale festum celebrare voluerint, non aliter quam cum præmisso dotis titulo .... vel sacerdotali benedictione intra sinum sanctae Dei ecclesiae percepta, coniugium cuiquam ex his adire permittimus. Quodsi absque benedictione quisquam Christianorum vel Hebraeorum noviter coniugium duxerit .... aut 100 Principi solidos coactus exsolvat, aut 100 publice verberatus flagellas suscipiat.«]

Die priesterliche Einsegnung wurde nach dieser Gesetzgebung zwar bei den meisten, aber doch nicht bei allen Ehen erfordert, insbesondere bei Wiederverheirathung einer Wittwe nur bei dem Verlöbniß, nicht bei Schließung der Ehe, wo die Gegenwart des Priesters hinreichte; „denn es lag nicht in den

Grundsätzen des weltlichen Gesetzgebers, die Geistlichkeit zur Weihe eines Verhältnisses zu zwingen, das mit ihren Ansichten über die Natur und Bedeutung dieses Standes unvereinbar schien. Durch die vorliegende Feierlichkeit wußte er Achtung für kirchliche Ueberzeugungen mit seinen Pflichten gegen die bürgerliche Gesellschaft auf die glücklichste Art zu vereinigen. Er überließ die Priester in Rücksicht auf religiöse Deutungen und Gebräuche ganz ihrem Gewissen, aber er nahm sie in ihrer Eigenschaft als Staatsbürger in Anspruch, um durch ihre im Einklange mit der Gemeinde öffentlich erklärte Zustimmung die volle Rechtsgültigkeit der zu schließenden Ehe im Namen des Staats feierlich anzuerkennen. [1])

In ähnlicher Weise verordnete gegen das neunte Jahrhundert Leo für den Orient in der Novelle 89: »Quemadmodum adoptionis causam promiscue habitam neglexit vetustas, quam dum sine precibus et sacris mysteriis peragi permittebat, non tamen parvi faciendam putabat, ita et obsolutam matrimonii constitutionem, dum id citra receptam benedictionem iniri sineret, neglexisse videtur. Sed veteribus quidem istius voluntatis fortasse ratio inveniri possit, nobis vero, quum divina gratia ad honestius multo sanctiusque vitae institutum res comparatae sint, neutrum dictorum negligi convenit. Igitur quemadmodum sub sacris invocationibus adoptionem procedere praecepimus, sic etiam sacrae benedictionis testimonio matrimonia confirmari jubemus, ut, ubi a nubentibus haec forma adhibita non fuerit, ne ab initio matrimonium dicatur, neque ejus jura talem conjuctionem accedant sequantur. Nihil enim inter coelibatum et matrimonium quod reprehendi non debeat invenias. Conjugalis vitae desiderio teneris? Conjugii leges serves necesse est. Sed displicent matrimonii molestiae?

---

[1]) G. W. Böhmer Ehegesetze im Zeitalter Karls des Großen. Göttingen 1826.

Caelebs vivas, et neque matrimonium adulteres, neque falso caelibatum praetexas.[1])

Mit dieser Auffassung durch die bürgerliche Gesetzgebung stand die kirchliche im Wesentlichen nicht nur in keinem Widerspruche, sondern stimmte damit völlig überein[2]); und so blieb auch die Praxis des ganzen Mittelalters. Insbesondere wurde die priesterliche Einsegnung immer als nothwendige Form vorgeschrieben; aber deren Mangel hatte um so weniger Ungültigkeit oder Nichtigkeit zur Folge, als ja in einzelnen Fällen, z. B. bei der zweiten Ehe, die Einsegnung nicht erfolgen durfte.

In gleicher Weise ordnete den Gegenstand auch das Concilium von Trient.

»Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit, et proinde jure damandi sint illi, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia, a filiisfamilias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata, vel irrita facere posse: nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit; verum, cum sancta Synodus animadvertat, prohibitiones illas propter hominum inobedientiam jam non prodesse, et gravia peccata perpendat, quae ex eisdem clandestinis conjugiis ortum habent; praesertim vero eorum, qui in statu damnationis permanent, dum, priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrahunt et cum ea in perpetuo adulterio vivunt. Cui malo cum ab ecclesia, quæ de occultis non judicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur; id circo sacri Lateranensis

---

[1]) Vgl. noch Nov. Leonis 74, Nov. Alexii Comneni cap. 9 und Bingham l. c. Lib. 22 Cap 4. §. 3. nota a. p. 340.

[2]) Cap. 3. X. de cland. despons. 4, 3. (an. 1216.)

Concilii, sub INNOCENTIO III. celebrati vestigiis inhaerendo praecipit, ut in posterum, antiquam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium Parocho tribus continuis diebus festivis in Ecclesia inter Missarum solemnia et publice denuncietur, inter quos matrimonium sit contrahendum; quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie Ecclesiae procedatur; ubi Parochus, viro et muliere interrogatis et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat: Ego vos in matrimonium conjungo, in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti: vel aliis utatur verbis, juxta receptum uniuscujusque provinciae ritum. Quod si aliquando probabilis fuerit suspicio, matrimonium malitiose impediri posse, si tot praedecesserint, denunciationes; tunc vel una tantum denunciatio fiat, vel saltem Parocho, et duobus vel tribus testibus praesentibus matrimonium celebretur. Deinde ante illius consummationem denunciationes in Ecclesia fiant: ut si aliqua subsunt impedimenta, facilius detegantur: nisi Ordinarius ipse expedire judicaverit, ut praedictae denunciationes remittantur: quod illius prudentiae, et judicio sancta Synodus reliquit. Qui aliter quam praesente Parocho vel alio sacerdote de ipsius Parochi seu Ordinarii licentia, et duobus, vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus, ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit: et hujusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit, et annulat.[1])“

Hiernach verlangt die katholische Kirche als unerläſſiges Erforderniß zur Gültigkeit der Ehe nur: daß die Einwilligung zur Ehe in Gegenwart des geeigneten Pfarrers oder Priesters[2]) und zweier oder dreier Zeugen geschlossen werde. Davon ist sowohl die feierliche Trauung, als die feierliche Einsegnung verschieden.

---

[1]) Conc. Trid. Sess. XXIV. c. 1. de Reform. matrim.

[2]) Weiß II. S. 83.

Die feierliche Trauung besteht nach dem Rituale und Missale Romanum, welches die kirchliche Richtschnur für alle Diöcesanrituale bildet, darin, daß nach vorangegangener dreimaliger Aufrufung der abzuschließenden Ehe die Nupturienten mit den erforderlichen Zeugen in der zuständigen Pfarrkirche[1]) vor dem Pfarrer erscheinen, welcher in kirchlicher Kleidung und begleitet von einem das Buch und das geweihte Wasser tragenden Diener an Bräutigam und Braut die Frage stellt: „N. N., wollen sie die hier stehende (den hier stehenden) N. N. zu ihrer gesetzmäßigen Gattin (zu ihrem gesetzmäßigen Gatten) nehmen, nach Ordnung der Kirche, unserer heiligen Mutter?" Ist die ausdrückliche Einwilligung beiderseits erfolgt und durch Ineinanderfügen der Hände bestätigt, dann spricht der Geistliche die Worte: „Ich verbinde Euch zur Ehe im Namen des Vaters und des Sohnes und des heiligen Geistes" und besprengt sie mit geweihtem Wasser; hierauf weihet er den Ehering durch Gebet und Besprengung mit Weihwasser und übergiebt ihn dem Bräutigam, welcher denselben unter dem begleitenden Gebete des Priesters an der Hand der Braut befestigt.

An diese feierliche Trauung schließt sich sodann die feierliche Einsegnung, welche nur in der Kirche vorgenommen werden soll, selbst dann, wenn die Trauung ausserhalb derselben vor sich ging. Diese Einsegnung ist die von dem Diener der katholischen Kirche ausgesprochene Erklärung, daß die Gegenwärtigen in den heiligen Stand der Ehe auf die rechte Weise treten, und daß die Kirche sich des geschlossenen ehelichen Bündnisses freue und dasselbe billige, und die angehenden Eheleute der göttlichen Gnade würdig seyen; sodann die Bitte, daß der Herr der Kirche denselben jene Gaben verleihen möge,

---

[1]) Denn ausserhalb der Kirche ist die Trauung eigentlich nur gestattet: »si aliquando probabilis fuerit suspicio, vel alia rationabilis causa subsit, arbitrio Episcopi, Matrimonium malitiose impediri posse.«

welche zur rechten Führung des von ihm zum Sakramente erhobenen Verhältnisses erforderlich sind, und endlich die Zusicherung eben dieser göttlichen Gaben. Für diese Einsegnung enthält das Missale eine eigene Meßliturgie, in welcher die sämmtlich katholisch gehaltenen Gebete, Lesungen und Paränesen speciell auf die neugeschlossene Ehe sich beziehen. Nach der Communion des Priesters empfängt das Ehepaar das h. Sakrament des Altars, und vor dem letzten Segen der Messe noch unter andern die Weisung: „ut orationis tempore et praesertim jejuniorum ac solemnitatum casti maneant.[1]"

Die protestantische Kirche betrachtet die Ehe weder als unauflösbar, noch als ein Sakrament, noch erkennt sie an, daß sie bloß durch Consens zu Stande komme, sondern hält Einsegnung, Trauung oder Copulation (copulatio sacerdotalis)[2], welche Bezeichnungen aber synonym sind, dieselbe Sache ausdrücken, für nothwendig. Diese Verschiedenheiten gegen die Lehre der katholischen Kirche traten so charakteristisch hervor, daß das Concilium Tridentinum darauf eigene Canones richtete.[3]

Wodurch die Nothwendigkeit der Trauung oder Einsegnung aber zuletzt begründet werde, darüber ist unter den Protestanten keine bestimmte unbestrittene oder unbestreitbare Behauptung aufzustellen. Der Gehalt der Reformation des 16. J. H. führte consequent zur Aufhebung. Indem nämlich die Reformatoren alle positive Gnadenthätigkeit Gottes an das Schriftwort und den Glauben knüpfen, eine anderweitige Vermittelung der Erlösungs- und Heiligungsgnade aber nicht anerkennen, und darum selbst die von ihnen noch anerkannten Sacramente nur als Erinnerungen, Symbole und Unterpfänder, keineswegs aber als Vehikel der Gnade gelten lassen[4], indem sie ferner von einem

---

[1]) Mack über die Einsegnung der gemischten Ehen. Tüb. 1840.
[2]) Wiese Kirchenrecht Bd. III. §. 422. S. 406.
[3]) Conc. Trident. Sess. 24. de sacr. matr. Can. 1, 7.
[4]) Möhler Symbolik S. 220 f. §. 24.

Priesterthume, als einem gesonderten Stande in der Kirche mit positiver göttlicher Sendung und Ausrüstung, eben so wenig wissen wollten und die kirchlichen Vorsteher nur als Abgeordnete und Diener der Gemeinde betrachteten; hatten sie die wesentlichen Voraussetzungen des katholischen Begriffs der kirchlichen Benediction aufgegeben; von einer Vermittelung der göttlichen Gnade an die Gläubigen durch die Diener der Kirche, konnte bei ihnen nicht mehr die Rede seyn, und wenn gleichwohl der Name mit einigen äusserlichen Formen bei den Anhängern der sächsischen Reformation noch beibehalten wurde, so tritt uns in denselben von dem altkirchlichen Institute nur noch das didactische und paränetische, nicht mehr aber sein wesentlicher Inhalt, das dynamische Element, entgegen. Die Benediction wird, gleich andern Ceremonien, nur als ein Gebrauch zur Belehrung und Rührung betrachtet [1]). Gleichwohl [2]) beruft man sich auf eine Erklärung Luthers: „So manches Land, so manche Sitte ... Demnach, weil die Hochzeit und der Ehestand ein weltlich Geschäft ist, gebührt uns Geistlichen, nichts darin zu ordnen, oder zu regieren, sondern lassen einer jeglichen Stadt, oder Land, hierin ihren Brauch und Gewohnheit, wie sie gehen. Aber so man von uns begehrt, vor der Kirche, oder in der Kirche, sie zu segnen und über sie zu beten, oder sie auch zu trauen, so sind wir schuldig, dasselbe zu thun. Weil man denn bisher mit den Mönchen und Nonnen so trefflich großes Gepränge getrieben hat, so doch ihr Stand und Wesen ein ungöttlich und lauter Menschengedicht ist, das keinen Grund in der Schrift hat, wie vielmehr sollen wir diesen Stand ehren und mit viel herrlicher Weise segnen, beten und zieren? Denn obs wohl ein weltlicher Stand ist, so hat er dennoch Gottes Wort für sich und ist nicht von Menschen erichtet und gestiftet, wie der Mönch- und Nonnenstand, darum er auch hundertmal

---

1) Conf. Aug. Art. 15. 24. 26. Apolog. A. C. Art. 12. Form. Conc. Art. 10.

2) Christian Bonhard, die Civilehe. Gießen 1843.

billiger soll geistlich geachtet werden, denn der klösterliche Stand, welcher billig der allerweltlichste soll geachtet werden, weil er aus weltlichem Witze und Vernunft erfunden und gestiftet ist. Auch darum, daß diesen Stand das junge Volk lerne mit Ernst ansehen und in Ehren halten, als ein göttlich Werk und Gebot, und nicht so schimpflich dabei seine Narrheit treibe mit Lachen, Spotten und dergleichen Leichtfertigkeit, so man bisher gewohnt war, gerade als wäre es ein Scherz oder Kinderspiel, ehelich zu werden, oder Hochzeit zu machen. Die es zum ersten gestiftet haben, daß man Bräutigam zur Kirche führen solle, habens wahrlich für keinen Scherz, sondern für einen großen Ernst angesehen, sie haben damit den Segen Gottes und der Gemeine Gebet holen wollen und nicht eine Lächerei, oder heidnisch Affenspiel treiben [1])" und bemerkt zu dieser Stelle: „daß es nach Luthers Ansicht in der protestantischen Kirche eine kirchenrechtliche Bestimmung geworden sey: die religiöse Trauung sey nothwendig zu einer gültigen Ehe, nicht als ob sie von Gott befohlen, sondern weil sie Kirche und Staat der öffentlichen Sitte und Wohlfahrt wegen angeordnet haben. In den verschiedenen protestantischen Ländern seyen nun Kirchenordnungen entworfen und eingeführt welche nicht nur das Ritual des öffentlichen Cultus, sondern auch kirchenrechtliche-Bestimmungen, namentlich in Beziehung auf die Ehe, wie z. B. die verbotenen Verwandtschaftsgrade, enthielten und in diesen auch verordnet, daß die Verlobten nach vorausgegangener Proclamation öffentlich in der Kirche durch die Copulation zusammen gegeben werden sollen, daß ohne diesen Act einer Ehe die Gültigkeit ermangele, und das eheliche Zusammenleben ohne vollzogene Trauung, selbst wenn das Eheverlöbniß erweislich und dem bürgerlichen Gesetze genügend sey, mit öffentlicher Strafe belegt werde."

Uns scheint jedoch, daß aus der angeführten Stelle Luthers

---

[1]) Bonhard a. a. O. S. 5 f.

Ansicht über die Nothwendigkeit kirchlicher Trauung so wenig, als über das Wesen der Ehe überhaupt, geschöpft werden darf, zumal derselbe in sehr vielen Stellen geradezu entgegengesetzte Ansichten ausspricht, auch wohl die Ehe (i. J. 1546 im Traubüchlein) ausdrücklich ein Sakrament nennt [1]). Erinnert man nun ferner daran, mit welchen Gegenständen Calvin die Ehe vergleicht [2]), und daß Zwingli sie dagegen in der Schrift »de vera et falsa religione« noch unter die Sakramente setzt [3]), so dürften die Erklärungen der Reformatoren die Sache schwerlich zu bestimmen im Stande seyn. Dagegen wird sich allerdings nachweisen lassen, daß es im Verlaufe der Zeit allgemeine Rechtsansicht der Protestanten geworden ist, daß die kirchliche Trauung nothwendig sey und nicht davon dispensirt werden dürfe.[4]) Daß aber diese kirchliche Trauung dem Protestanten nicht dasselbe ist, was die katholische Kirche unter der Benediction (Einsegnung) versteht, geht nicht bloß aus dem von Luther gegebenen Formular hervor, welches aus dem altkirchlichen Einsegnungsritus die Frage wegen der Einwilligung, die Handlung des Ringewechselns und der Ineinanderfügung der Hände, die Erklärung der kirchlichen Anerkennung der Ehe, die Belehrung über die göttliche Einsetzung und über die Pflichten der Ehe, das Gebet um den göttlichen Beistand beibehält; aber gerade das wegläßt, was die eigentliche Benediction im katholischen Sinne ausmacht; sondern auch aus Eheordnungen und

---

[1]) M. vgl. z. B. Luthers Schriften, Ausg. v. Walch VIII. S. 1089. X. S. 716, 744, 861, 893. XII. S. 2517, 2560. XIX. S. 113, 2262. — Mit der Stelle VIII. S. 861 vgl. man die Kirchenagende für das Fürstenthum Hessen von 1574 (Ausg. Darmst. 1724. S. 202), wo die Ehe auch als Sakrament bezeichnet wird.

[2]) Calvin Inst. IV. 19. n. 34.

[3]) Augusti christl. Archäologie III. S. 123.

[4]) Vgl. Heffter die Erbfolgerechte der Mantelkinder. Berlin 1836. S. 112 f. — Weiß Archiv für Kirchenrechtswissenschaft. II. S. 79 f.

späteren Aeußerungen protestantischer Schriftsteller. In Herzogs Christoph von Würtemberg großer Kirchenord. v. 1559 heißt es: „wiewohl der eheliche Contract, gleich wie sonst andere weltliche Contracte, auch wohl auf den Rathhäusern oder andern gemeinen öffentlichen, ehrlichen und bürgerlichen Orten verrichtet werden möchten ...... so sey es der Gegner des Ehestandes wegen, zur Besserung der Kirchen doch fast nützlich, daß die neuen Eheleute in öffentlicher Versammlung der Kirchen eingesegnet werden, damit männiglich daraus ermahnt werde, daß der Ehestand an ihm selbst ein ehrlicher und gottgefälliger Stand sey und daß auch die Eheleute, so ihnen was Unglücks begegne, dadurch zur Geduld und Anrufung Gottes bewegt werden mögten." Ganz ähnlich drückt sich die Kirchenordnung des Herzogs Wolfgang von Bayern, Pfalzgrafen bei Rhein aus. J. H. Böhmer, der anführt, daß den Protestanten jede Benediction fehle [1]), sagt: »Benedictio sacerdotalis nihil aliud est, quam solennis declaratio consensus coniugalis coram ecclesia publice facta; adhibitis a ministro ecclesiae piis precibus" [2]); und erklärt, daß die Protestanten in der in ihrer Kirche gebräuchlichen Benediction nichts als einen kirchlichen Gebrauch erkennen, der freiwillig vom Landesherrn recipirt, aber eben so unbedenklich geändert werden könne [3]); so lange aber dieser Gebrauch nicht aufgehoben, bedinge er die Gültigkeit der Ehe, cum regulariter, quae ad formam negotii externam a principibus praescriptam pertinent, a nemine sine vitio nullitatis omitti queant.« »Hanc potestatem principi protestanti de iure competere, conclamatum esse arbitror, cum ipsa benedictio sacerdotalis sit quidem ritus ecclesiasticus, et apud nos non ex instituto et imperio ecclesiae, quod non agnoscimus, sed ex lege principum civili

---

1) Jus eccles. Protest. Tom. 3. III. 40. §. 39.

2) Boehmer l. c. IV. 3. §. 41.

3) Boehmer l. c. §. 42. 43. 45.

obtineat, et ut forma matrimonii externa, quam princeps determinare potest, consideretur.“ Eichhorn [1]) behauptet jedoch, daß nach den Religionsbegriffen der Protestanten nur die Trauung der Verbindung den Charakter eines religiös und bürgerlich erlaubten Verhältnisses gebe, und hierauf das Wesen der Ehe beruhe. Nach preuß. L.-R. II. 1. §. 136 wird eine vollgültige Ehe durch die priesterliche Trauung vollzogen.

Bei dem in neuerer Zeit wieder mehr als je aufgeregten Streit über die Verweigerung der Einsegnung gemischter Ehen von Seiten der katholischen Kirche, sollte man aber mehrere Thatsachen nicht übersehen, wodurch ein unbefangenes und gerechtes Urtheil in dieser Sache bedingt ist, nämlich:

1) daß, obschon nach den Grundsätzen der protestantischen Kirche die Einsegnung der Ehe allein den Charakter eines religiös und bürgerlich erlaubten Verhältnisses gibt und darauf das Wesen der Ehe beruht, es, nach geschichtlicher Wahrheit, dennoch die protestantische Kirche ist, welche die gemischten Ehen zuerst geradezu verbot und die Trauung oder Einsegnung derselben untersagte und verhinderte. Diese Maxime rührte zunächst nicht von den Reformatoren des 16. J. H. her [2]); daß aber in Deutschland die Einsegnung gemischter Ehen von Seiten der Protestanten nicht vollzogen wurde, beweisen früh schon protestantische Kirchenordnungen [3]) und Schriften [4]), besonders auch die Beschwer-

---

[1]) Kirchenrecht II. §. 136.

[2]) Luthers Schriften Ausg. v. Walch X. S. 919. §.43. S. 716. Vgl. III. S. 2613.

[3]) Ob ein Hausvater oder eine Hausmutter mit gutem Gewissen unchristliche oder päpstliche Ehehalten unter seinem Gesinde dulden möge, oder ob man sie zum Empfang des Sakraments unter beider Gestalt zwingen solle. Judicium J. B. H. anno 1532, gedruckt zu Nürnberg bei Johann Petrejo.

[4]) Mecklenburg. Kirchenord. v. 1552. „Vom heil. Ehestand.“ S. Gesetzsamml. Parchim 1835. Bd. II. S. 88 und 102, wo zugleich

den, welche deßhalb von den katholischen Reichsständen auf dem Reichstage zu Augsburg im J. 1559 erhoben wurden, worin es nebst Anderm heißt: „Deßgleichen auch, da des katholischen Theils Mann, Frau oder Jungfrau zu der andern Religion heirathen, wird denselben die Einsegnung, auch etwan der katholischen Kindtauf verweigert, oder aber, da des katholischen Theils jemands zu der Kindtauf berufen, derselbige davon verworfen, verhindert und verspottet, er gebe denn Handtreu von ihm, daß er sich zu ihrer Confession begeben wollte [1]). Diese Verhinderungsversuche der gemischten Ehen entsprechen auch ganz den Ansichten der protestantischen Schriftsteller jener Zeit, denn diese lehrten: Die Apostasie sey ein Grund, die Ehe aufzulösen. Das canonische Recht gestatte zwar nur Scheidung von Tisch und Bett, aber Luther erlaube völlige Trennung. Abtrünnige seyen aber nicht bloß solche, die absichtlich zum Heiden- und Judenthum überträten, sondern auch jene, welche dem Namen nach zwar Christen seyen und seine Lehre mit dem Munde bekennen, in der That aber ihn verleugnen, zu welchen man die Anhänger des Papstes zu zählen habe.[2]) Gleichzeitig verbot eine Synode zu Lyon (1563) den Geistlichen, einen Reformirten mit einem Katholiken zu trauen, wenn letzterer nicht seiner Religion entsage und zur neuen Lehre übertrete. Eine Synode zu Saumur (1596) bestimmte, daß diejenigen, welche die Einsegnung erhalten wollten, zuerst das Abendmahl nach reformirtem Ritus empfangen müßten, und eine Synode von Montpellier (1598) untersagt die Schließung

---

verboten wird, katholische Gevatter, welche nicht versprechen, sich zum Protestantismus bekehren zu wollen, zuzulassen.

[1]) Chr. Lehmann de pace relig. acta publ. et originalia. Frankfurt a. M. 1707. S. 84. 228.

[2]) Basilius Monner de matrimonio. Witteb. 1561. p. 146. Deßgleichen sagt Albericus Gentilis im Jahr 1601: »Dico palam: non licet nobis commiscere connubia cum papistis, qui nobis sunt antichristiani.

gemischter Ehen in den Kirchen und spricht über Geistliche, welche eine solche Trauung vornehmen würden, die Strafe der Suspension und selbst der Amtsentsetzung aus. Nur in den Niederlanden war die Trauung gestattet, jedoch sollen die Prediger es möglichst verhindern, aber doch aus dem Grunde nachgeben: weil das Trauen eine weltliche Sache sey.[1])

Im Verlaufe des 16ten und der ersten Hälfte des siebzehnten Jahrhunderts stellt sich in der protestantischen Kirche immer mehr die Ansicht fest: daß eine Ehe zwischen Protestanten und Katholiken unerlaubt, ehebrecherisch, selbst der Uebertritt zum Katholicismus ein Grund zur Auflösung der Ehe sey, daß dadurch Gefahr des Abfalls vom Glauben herbeigeführt, der Zweck der Ehe verhindert, die Kindererziehung verdorben und der gläubige Theil leicht vom Ungläubigen verlassen werde.[2]) Selbst bei Sponsalien verstehe sich, lehrte man, die Bedingung stillschweigend

---

[1]) Synode zu Dordrecht 1579. N. 12: »Oft een lidt maet der Ghemeenten willende trouwen een persoon die Papist, Doops, oft Werels ghesint is, van den Dienaer ghetrout sal moyen werden oft niet. Antworde: men sal suleke te vooren vermanen, doch soose evenwel willen trouwen, men salse trouwen, dewyl het trouwen politik is.« Synode zu Middelburg 1581 N. 57: »Op het tweede, dat die Dinaers sullen arbeyden sulcken houwelyk te verhindern soo veel mogelyk es. Maer se yemant voortvaren wilde, sal hyse trouwen.« Pet. Bor. Nederlantsche Vorlaghen. 1621. Amsterdam by Michael Colyn. Tom. I. L. 7. Fol. 52. Tom. II. L. 16. Fol. 28.

[2]) Hemming de coniugio et repudio. Lips. 1572. — Pet. Martyr. Melachim, i. e. regum libri duo. Tiguri 1721. Fol. 25. — Petrus Zanchius de operibus dei intra spatium sex dierum curatis. Neostadii Palatinorum 1591, pag. 713. — Zepper mosaicarum forensium explantatio. Herbornae Nassov. 1604. — Entscheidung der theol. Fakultät zu Rostock im J. 1616. Consilia apud Dedeken T. 3. S. X. n. 3. — Gutachten von Jena. Dedeken Sect. V. n. 1. p. 709. Carpzov iurispr. eccles. Lips. 1708 (das Werk erschien zuerst 1645). L. II. Tit. 1, woselbst S. 308 Beschlüsse des Oberconsistoriums zu Dresden vom 12. Februar 1608 und vom 26. April 1609.

von selbst: „ich verlobe mich mit dir, wenn du kein Papist bist.[1]" Im Herzogthume Wirtemberg wurde durch ein Generalrescript von 1609 den Eltern, welche ihre Zustimmung zur Verheirathung der Kinder ins Papstthum geben würden, die Ausschließung von Communion und h. Abendmahl angedroht[2]), an andern Orten vertrieb man die Bürger und Kinder, weil sie sich an Katholiken verheirathet.[3]) Nachdem endlich durch den westphälischen Frieden vollkommene Gleichheit unter den beiderseitigen Religionsverwandten zum Rechtsgrundsatze erhoben worden, war wenigstens ein Rechtszustand grundsätzlich festgestellt. Die protestantischen Theologen eiferten jedoch fortwährend gegen gemischte Ehen[4]), und das nämliche geschah noch immer durch manche weltliche Verordnungen[5]), die aber seit dem Ende des

---

[1]) Bechtstadt de conditionibus sponsalium. Coburg 1628.

[2]) Samml. der Wirtemb. Ges. Bd. 8. S. 302. In der unter der Administration Friedrich Karl's am 4. April 1687 gegebenen Ehegerichtsordnung heißt es: »Wenn sich jemand in diesem Herzogthum und Landen gegen einer Person widriger der wahren **alleinseligmachenden** evangelischen Religion nicht zugethanen Person von den Unterthanen dieses Herzogthums Ehelichen begehrte einzulassen und solches an das Ehegericht berichtet würde, so sollen dergleichen Personen fleißig davon behortirt und denselben die große Seelengefahr beweglich vorgestellt, und die Eltern ihren Willen nicht darein zu geben erinnert werden; wo solches aber alles nichts verhelfen wollte, so solle ihnen gleichwohlen die Ehe nicht gesperrt, sie doch auch in diesem Herzogthum ohne spezial Gnädigsten Befehl nicht copulirt, anbei aber dem Evangelischen Theil eingerathen werden, an einem evangelischen Ort außer Lands sich copuliren zu lassen.« Diese letzte Bestimmung hob ein Generalrescript vom 24. Nov. 1713 wieder auf.

[3]) v. Sartori Gesch. der Stadt Donauwörth. 1778. §. 25. S. 17.

[4]) Joh. Damhuder Theologia conscientiae. T. I. P. 2. Quaest. 20. — Steubing, Kirchen- und Reformationsgeschichte des nass. Landes. Hadamar 1804. S. 272.

[5]) Corpus Constit. Brandeburg-Culmbac. Baireuth 1748. Th. 2. Bd. 2. p. 669. — Mylius Corp. Constit. Marchic. T. I. p. 558. VI 442.— Koch opusc. iur. can. app. p. 117 sep.

17ten Jahrhunderts immer mehr dem Principe der Rechtsgleichheit sich annähern [1]), bis die Huldigungen, welche man dem Systeme der Civilehe und gewissen philosophischen Systemen brachte, und selbst die Leichtigkeit der Ehescheidungen, die Ansichten bis zu dem Maße änderten, daß man plötzlich die bis dahin gehegte Mißbilligung der gemischten Ehen für ein Werk der Intoleranz der katholischen Kirche darstellte, und selbst diejenigen Protestanten, welche die Handlungsweise der katholischen Kirche darstellte, und selbst diejenigen Protestanten, welche die Handlungsweise der katholischen Kirche vollkommen zu loben und zu ehren versicherten, von einer zwei Jahrhunderte hindurch gegen die katholische Kirche geübten Toleranz reden, die man nach dem Angedeuteten aber in der Geschichte in der behaupteten Allgemeinheit schwerlich entdecken wird. Das aber sollte jeder, der in unserer Zeit in kirchlichen Dingen ein Urtheil abgeben will, im Voraus erwägen, daß man die bloße Behauptung und Versicherung, eine Thatsache aus der Geschichte hergeholt zu haben, nicht mehr auf das Wort hin glaubt; man ist genöthigt worden, die Nachweisung zu erwarten, und auch einsichtsvoll genug, befangene Ansichten, alte Vorurtheile, seichtes Gewäsch, gemeine Späße und unwürdige Verdrehungen nicht länger für Beweise gelten zu lassen.

In der katholischen Kirche, wo einerseits die kirchliche Trauung und priesterliche Einsegnung zum Wesen der Ehe nicht für erforderlich gehalten, die cultus disparitas aber mehr als ein Eheverbot angesehen und eine solche Ehe als der Benediction nicht fähig gehalten wird, erschienen gleichwohl die kirchlichen Verbote der Einsegnung und selbst die Mißbilligung der gemischten Ehen später, als in der evangelischen Kirche. Zunächst geschah es durch mehrere Synoden seit dem Ende des 16ten Jahrhunderts, welche zur Vollziehung des Concilii Tridentini abge-

---

[1]) Vergl. Friedrich Kunstmann, die gemischten Ehen. Regensb. 1839. §. 5—7.

halten wurden [1]; dann aber auch durch päpstliche Erlasse. Die Anwesenheit, nicht auch die Einwilligung des competenten Pfarrers, seit dem Concil von Trient zur Abschließung einer gültigen Ehe allein erforderlich, wurde bei Abschließung gemischter Ehen gestattet; so entschieden schon im Jahre 1580 die Doctoren der Pönitentiarie: »Licet ... romani et poenitentiarii Doctores nullam in praesentia sola culpam a parocho suscipi fateantur, ex benedictione tamen suscipi ibi non inficiantur [2],« und die Theologen jener Zeit. [3] In dieser Ansicht blieb auch Rom consequent. So sollte die Ehe Heinrichs von Lothringen, Herzogs von Bar, mit Katharina, der kalvinischen Schwester Heinrichs IV. von Frankreich, nach der Dispense Clemens VIII. vom 8ten Februar 1604 nur in Gegenwart des Pfarrers und der erforderlichen Zeugen geschlossen werden; die Einsegnung war verboten. [4] Eben so wurde die Ehe Karls I. von England mit der Maria Henriette, Schwester Ludwigs von Frankreich, mit Dispens von Urban VIII. in Gegenwart des Cardinals Großalmoseniers, aber ohne Ein-

---

[1] Conc. Warmiense 1575. can. 8. — Antwerp. 1576. Tit. 17. c. 2. — Ebroicense 1576, de officio curatorum. — Leodiense 1580. Tit. 17. — Burdigalense 1583. Tit. 15. — Turonense Tit. 9. — Bituricense 1584. Tit. 5. c. 1. — Cameracense 1586. Tit. 2. — Tolosanum 1590. P. II. c. 8. — Narbon. 1609. c. 22. — Constant. 1609. Tit. 16. c. 17. — Synod. August. 1610. I. 5. §. 3. — Buscodun. 1612. Tit. 6. c. 6. — Leodiens. 1618. Tit. 9. c. 4. — Rotomag. 1618, de matrim. — Sedun. 1626 c. 1. §. 2. — Constant. 1637. c. 8. de matrim. — Ebrociens. 1644. c. 18. de matrim. — Syn. Colon. 1651. — Paderborn. 1658. — Culmensis et Posoniensis 1745.

[2] Serrarius de cath. cum haeret. matrim. Mogunt. 1606. Quaest. 3. p. 21.

[3] Pontius de sacram. matrim. 1620.

[4] Tournely de sacram. matrim. Venet. 1736. p. 51. Als diese Dispens 1607 ankam, war Katharina schon gestorben.

segnung geschlossen.[1]) Dieselbe Erklärung erfolgte von Pius VI. an den Cardinal von Frankenberg, Erzbischof von Mecheln am 13. Juli 1782; und mit seiner Genehmigung unter dem 12. August 1794 von der Congregation für die Auslegung des Conciliums von Trient.[2])

In Frankreich, wo die Gültigkeit der Ehe nach der Napoleonischen Gesetzgebung bekanntlich nicht mehr durch kirchliche Einsegnung bedingt, sondern bloß durch einen bestimmt geregelten bürgerlichen Act abzuschließen war, wurde die Nachsuchung kirchlicher Trauung der Willkür der Brautleute anheim gestellt; kein Priester durfte aber die Trauung vornehmen, bevor der bürgerliche Abschluß der Ehe stattgefunden hatte.[3]) Bei der Versagung der Einsegnung konnte Recurs an die geistlichen Obern genommen werden, nicht aber auch an die Staatsgewalt, weil die Staatsgesetzgebung die kirchliche Seite der Ehe zu berühren nicht beabsichtigt hatte. Bezüglich der kirchlichen Einsegnung der Ehe erließ jedoch zur Zeit des französischen Kaiserreichs der Cardinallegat an alle katholische Geistliche des Reichs die Verfügung, keine gemischte Ehe einzusegnen, wenn nicht zuvor das Versprechen gegeben sey, alle Kinder katholisch zu erziehen, und die französische Regierung gab auf die Beschwerde der Protestanten dieses Reichs hinsichtlich jener Verfügung Capraras die Antwort: „es sey Disciplinargesetz der katholischen Kirche, den Wunsch auszusprechen, daß alle

---

1) Benedictus XIV de Synod. diœces. L. VI. c. 5. n. 5. — Kutschker a. a. O. §. 38.

2) In der Instructio heißt es: »Quapropter si cogantur in hac temporum conditione et propter leges in transactione religionis anni 1673 praescriptas, matrimoniis catholicorum cum muliere acatholica assistere, satagant, ut se mere passive habeant, atque tamquam inviti audiant dumtaxat utriusque consensum: verumtamen abstineant omnino a precibus recitandis, a benedictione impertienda, atque ab omni alio Ecclesiae ritu adhibendo.« Kutschker a. a. O. §. 42. — Kunstmann a. a. O. S. 233.

3) Code pénal. Art. 199.

Kinder dieser Ehen katholisch werden möchten, dieser Wunsch aber sey natürlicher Weise für den andern Theil nicht bindend.[1]) In Uebereinstimmung hiermit nun heißt es in der von demselben Cardinallegaten ertheilten Dispensationsurkunde, welche dem ehemaligen Könige von Westphalen, Hieronimus Napoleon, bei seiner Vermählung mit der Prinzessin von Würtemberg ertheilt wurde, unter Anderem:

»Cumque idem cels. et Em. dominus pariter significet, quod . . . . . aliud propterea eiusmodi regiarum nuptiarum celebrationi non obstet impedimentum, quam diversus cultus, cui regalis sponsa materialiter addicta invenitur, quodque ipse Westphaliae rex regiam utriusque sexus prolem in catholica religione educandam fore, et studia sua, ut eandem regia sponsa profiteatur, se collaturum promittens super canonico obstante cultus disparitatis impedimento apost. auctoritate secum dispensari postulet.

»Hinc nos singulis supra relatis adducti, et recensitae postulationi, causae publicae ratione suffultae morem gerentes, de speciali apost. auctoritate laudatae celsitudini suae Emmae tanquam magno imperii elemosynario facultatem communicamus ergo Hieronimum Napoleon, Westph. regem, ut memorata cultus disparitate non obstante, matrimonium cum regia sponsa Friederica, servata concilii Trid. forma, servatisque aliis in eiusmodi nuptiarum celebratione servandis, contrahere etc. . . Datum Parisiis 21. Aug. 1807.[2])«

Ausführlicher noch ist das Breve Pius VIII. vom 25. März 1830 an die Bischöfe der preußischen Rheinprovinz, worin es, nachdem Verhaltungsregeln über das Benehmen bei beabsich-

---

[1]) Rechtfertigung der gemischten Ehen. Mit einer Vorrede von L. van Eß. Köln 1821. S. 155. 157. — Kunstmann S. 117. Theologische Quartalschrift. Tübingen. Jahrg. 1821. S. 722 f.

[2]) Abgedruckt bei Kopp, die katholische Kirche des 19. Jahrhunderts. Mainz 1830. S. 370.

tigten gemischten Ehen gegeben sind, heißt: »Quodsi nonnullis in casibus paterna huiusmodi sacrorum pastorum studia in irritum cadere contingat, tum sane abstinendum erit a catholica eadem persona censuris in illam nominatim expressis corripienda, ne tumultus aliquis excitetur [1]), et graviora rei catholicae mala obveniant; sed alia ex parte abstinere etiam catholicus pastor debebit non solum a nuptiis, quae deinde fiant, sacro quocumque ritu honestandis, sed etiam a quovis actu quo approbare illas videatur. Quam circa rem illud solummodo in nonnullis locis toleratum est, ut parochi, quid ad graviora rei catholicæ incommoda avertenda praesentiam suam contrahendis his nuptiis praestare cogebantur, paterentur quidem eas ipsis praesentibus confici (si scilicet nullum aliud obstaret canonicum impedimentum) ut audito utriusque partis consensu, deinceps pro suo officio actum valide gestum in matrimoniorum librum referrent, sed caverent semper ab illicitis huiusmodi matrimoniis ullo suo actu approbandis, multoque magis a sacris precibus et ab ecclesiastico quovis ritu eisdem admiscendo. [2])«

Die neuesten hierher gehörigen päpstlichen Breven sind die von Gregor XVI. an die Erzbischöfe und Bischöfe des Königreichs Baiern. In dem Breve vom 27. Mai 1832 wird gesagt: »At vero si nonnunquam contigerit, ut monita et adhortationes in irritum cadant ..... tunc sane sacri pastoris

---

[1]) In ähnlicher Weise rescribirte Pius VII. unterm 23. April 1817 an das Generalvikariat zu Ehrenbreitstein (Joseph v. Hommer, nachmals Bischof von Trier): »ad extremum negative saltem circa illa (matrimonia mixta) vos habeatis oportet, cum non expediat, post opportunas, de quibus diximus, hortationes, impediri ea vobis, multoque minus oblocutionibus persequenda sint, ne turba ac perturbatio ulla publicae tranquillitatis sequatur.« — Kunstmann a. a. O. S. 240 f.

[2]) Kunstmann S. 256. — Kutschker §. 45. S. 300.

officium erit, abstinere non solum a matrimonio ipso sua præsentia honestando, sed etiam a praemittendis eidem proclamationibus atque a dimissorialibus literis concedendis.« In der hierauf erfolgten Instruction des Cardinals Bernetti vom 12. September 1834 wird näher, mit Festhaltung des Grundsatzes, bemerkt: daß man über jene Uebel hinwegsehen müsse, die entweder durchaus nicht zu verhindern seyen, oder, wenn sie verhindert würden, noch größere Nachtheile veranlassen: „Si quidem igitur ex temporum locorum et personarum conditione matrimonium acatholici viri cum catholica muliere et vicissim absque maioris mali scandalique periculo in religionis perniciem interverti omnino non possit; tunc sane ad maiora damna et scandala praecavenda abstinendum erit a catholico coniuge, censuris in illum nominatim expressis, corripiendo, imo vero tolerandum, ut a parocho catholico tum consuetae proclamationes fiant, omni tamen praetermissa mentione religionis illorum, qui nuptias sunt contracturi, tum etiam de factis proclamationibus literae mere testimoniales concedantur, in quibus, si nullum adsit dirimens impedimentum, unice enunciatur, nil aliud praeter vetitum Ecclesiae ob impedimentum mixtae religionis matrimonio conciliando obstare, nullo prorsus addito verbo, ex quo cousensus aut approbationis vel levis suspicio sit oritura. Quodsi in Ecclesiae utilitatem et commune animarum bonum cedere posse dignoscatur huiuscemodi nuptias.... coram parocho catholico . . . celebrari : tunc ipse parochus catholicus aliusve sacerdos, eius vices agens, poterit iisdem nuptiis materiali tantum praesentia, quocumque Ecclesiae ritu excluso, adesse, perinde ac si partes unice ageret meri testis vulgo qualificati seu auctorisabilis, ita scilicet, ut utriusque coniugis audito consensu deinceps pro suo officio actum valide gestum in matrimoniarum librum referre queat. [1])«

---

[1]) Kunstmann, S. 257 f. 262 f. — Kutschker §. 46. S. 300. 307.

Aus dieser Nebeneinanderstellung der kirchlichen Auffassungen dürfte hervorgehen, daß die Schwierigkeiten bei Abschließung gemischter Ehen durch die Protestanten hervorgerufen sind, und daß es die Katholiken waren, die sich einstens und zuerst über die gänzliche Verhinderung und Erschwerung beklagten, und daß gerade in dem Umstande, daß die Protestanten durch Verweigerung der kirchlichen Einsegnung die Ehe eines Katholiken mit einem Protestanten verhindern konnten, während das den Katholiken nicht möglich war, da zur Gültigkeit der Ehe nicht eine priesterliche Mitwirkung, sondern nur eine Kenntnißnahme erfordert wurde, welche man dem katholischen Pfarrer nöthigenfalls, sogar gegen seinen Willen aufdringen konnte [1]), der Grund lag, weßhalb die Katholiken in den Fall kommen konnten, Beschwerde zu führen; daß aber die Beschwerden, welche jetzt protestantischer Seits geführt werden, nicht daraus entstehen, daß gemischte Ehen nicht kirchlich und bürgerlich gültig zu Stande kommen können, sondern daraus, daß man die katholische Kirche zur Anwendung eines Ritus auffordert, der der protestantischen Abschließungsform ähnlicher und in der katholischen Kirche ein feierlicher, aber durchaus kein nothwendiger, und nach ihren Lehren, Grundsätzen und der Praxis kein überall anwendbarer ist. In dieser Hinsicht ist nämlich ferner nicht zu übersehen:

2) Daß die Weigerung der Einsegnung der gemischten Ehen auch nicht eine zunächst, oder auch zuerst wegen Abneigung gegen solche Ehen geschaffene Maßregel, sondern daß diese nur die folgerichtige Anwendung eines Grundsatzes ist, welcher auch bei Ehen, wo beide Theile katholisch sind, und welche die katholische Kirche noch viel weniger, als gemischte Ehen, mißbilligt, in Uebung ist. Das canonische Recht verbot längstens, ehe noch von Ehen der Katholiken mit Protestanten die Rede seyn konnte, die Ein-

---

[1]) Tr. 209. de V. S. 50, 16. — S. Rotae romanae decisiones recentiores. Venet 1754. T. III. p. 385. — Schenkl, Inst. iur. eccles. P. 2. §. 685.

segnung der zweiten Ehe: »Vir autem vel mulier, ad bigamiam transiens, cum alia vice benedicti sint, eorum benedictio iterari non debet. [1]).“

3) Ebenso verweigert die Kirche die Einsegnung der Ehen während der geschlossenen Zeit [2]), ohne deßhalb die geschlossenen Ehen für ungültig anzusehen, oder ihnen die sacramentalische Natur abzusprechen. Diese Vorschrift wurde auch in der protestantischen Kirche beibehalten, und als ein reformirter Pfarrer sie unbeachtet ließ, weil es eine Superstition und Menschensatzung sey, erklärte die Fakultät zu Halle, daß diese Excuse sehr impertinent zu achten, angesehen die Prediger keine Freiherrn seyen.[3])

Sobald man sich aus den angeführten geschichtlichen Thatsachen überzeugt, daß die katholische Kirche nicht zuerst mit dem Verbote der gemischten Ehen und deren Einsegnung hervorgetreten ist, also auch gewiß nicht, wie man behauptet [4]), zur Ausbildung des Systems in der protestantischen Kirche unbedenklich beigetragen hat, daß sie vielmehr dann erst, nachdem die protestantische Kirche dieses Verbot bis zur äussersten Strenge geltend machte, auch der katholischen Lehre die Anwendung im Leben zu vermitteln bemüht war, daß die katholische Beurtheilung gemischter Ehen auch dann noch immer nicht so strenge nnd rigorös, als die protestantische war, und daß die katholische Kirche niemals aus andern Gründen die gemischten Ehen mißbilligt hat, als auf

---

[1]) Cap. 1. X. de secund. nupt. Ueber den Grund und Umfang dieser Vorschrift s. Uihlein in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. X. S. 141—160.

[2]) Cap. 4. X. de feriis. 2, 9. C. 33. q. 5. c. 8—11. Conc. Trident. Sess. 24. de reform. c. 10 et de sacram. matrim. c. 11: »Si quis dixerit: prohibitionem solennitatis nuptiarum certis anni temporibus superstitionem esse tyranicam, ab ethnicorum superstitione profectam, aut benedictiones et alias ceremonias, quibus ecclesia in illis utitur, damnaverit, a. s.“

[3]) J. H. Boehmer J. E. P. III. 46. §. 45.

[4]) Bessel über gemischte Ehen. S. 46.

welche früher als sie, die protestantische die Mißbilligung gebaut, daß die katholische Kirche aber nicht alle Mißbilligungsgründe der Protestanten theilte und gerade solche nicht, welche tief verletzend erscheinen konnten und im geringsten Falle auf Mißverständnissen beruhten, und daß endlich die katholische Kirche niemals so weit gegangen ist, die Gültigkeit, beziehungsweise die Unauflösbarkeit und die sakramentalische Eigenschaft einer solchen Ehe abzusprechen; dann kann kein unbefangener Beurtheiler der katholischen Kirche den Vorwurf machen, daß sie die erste Veranlassung zu den, aus solchen Ehen entstandenen Mißverhältnissen gegeben habe. Dagegen stellt sich nicht weniger überzeugend heraus, daß, nachdem einmal die katholische Kirche herausgefordert war, mit den kirchlichen Grundsätzen über dieses Verhältniß hervorzutreten, sie es mit jener gewohnten Bestimmtheit und Folgerichtigkeit des katholischen Systems gethan hat, die nicht der Ausfluß einer Meinung, sondern der Ausdruck einer sich immer gleichen Wahrheit ist; und darum ihr einen Rücktritt nicht wohl möglich macht. Sobald nun in neuerer Zeit viele Protestanten von der Strenge des ursprünglich aufgestellten und mit Consequenz verfolgten Systems nachzulassen anfingen und dadurch den Beweis lieferten, daß es im Geiste der protestantischen Kirche nicht gelegen, wenn einstens den gemischten Ehen oft unübersteigbare Hindernisse in den Weg gelegt worden waren; so folgt daraus weder ein Recht der protestantischen Kirche, der katholischen nun gleichfalls ein Wechseln in Grundsätzen und Maximen abzunöthigen, noch auch entspricht es der Billigkeit, der katholischen Kirche, die ihre Ansichten über das Verhältniß niemals ausserhalb den Grenzen einer auf Ueberzeugung beruhenden kirchlichen und moralischen Nöthigung geltend machte, nun auf einmal zuzumuthen, gleichen Schritt mit Ansichten zu gehen, von denen zur Zeit keineswegs feststeht, daß sie nicht abermals geändert werden; denn in der That läßt sich von den Ansichten bis jetzt noch weiter nichts sagen, als daß sie von Angehörigen der andern Kirche und von Regierungen

getheilt werden; aber nicht einmal, daß sie Ueberzeugungen der andern Kirche selbst sind. Denn abgesehen davon, daß sich dieser letzte Punkt, nach der bisherigen Verfassung der protestantischen Kirche, mit absoluter Gewißheit gar nicht ins Klare bringen läßt, da es dafür an einer allgemeinen, unbestritten anerkannten Autorität fehlt, und bis zur neuesten Zeit von protestantischen Theologen, Synoden u. s. w. Grundsätze aufgestellt werden [1]), die immer noch strenger sind, als die der katholischen Kirche; so fehlt es auch noch jetzt nicht an glaubensfesten Protestanten, welche

---

[1]) Mosheim Sittenlehre der heil. Schrift. Gött. 1767. Thl. 8. — Harleß Zeitschrift für Protestantismus und Kirche. I. S. 12. — Berliner evangel. Kirchenzeitung 1843. Nr. 83. — Katechismus der Kreissynode Duisburg. 1844. S. 27. — Königl. Preuß. Kabinetsschreiben vom 13. Januar 1838 an einen Landschaftsrath in Posen. Vgl. Die Religionswirren und der Mainzer Katechismus. Mainz 1845. — Elwers, Oberappell.-Gerichtsrath zu Kassel, Themis, Zeitsch. für prakt. Rechtswissenschaft. I. 1. Abh. 2: »Es handelt sich bei Beurtheilung dieser Frage auch um die Ansicht der protestantischen Kirche. . . . Liegt nun aber in dem Eingehen auf den Antrag des katholischen Geistlichen von Seiten des Protestanten nach der Ansicht seiner Kirche etwas Unerlaubtes, so kann der Staat einen solchen Vertrag und eine solche Anforderung von Seiten der katholischen Kirche nicht dulden. . . . Wenn daher die protestantische Kirche als solche es als etwas durchaus Unsittliches und Widerrechtliches betrachtet, daß Jemand, der selbst in der protestantischen Kirche bleibt, seine Kinder der katholischen Kirche verspricht, so muß der Staat, will er der Kirche Gerechtigkeit wiederfahren lassen, Verträge dieser Art als nichtig cassiren und verbieten.« Nach diesen Grundsätzen würde, da nach der Parität dasselbe bezüglich der katholischen Kirche behauptet werden müßte und da der Staat was er als Vertrag verbieten und als nichtig cassiren muß, gewiß auch in der Ausführung nicht dulden darf, weil jene Grundsätze »selbst dann gelten sollen, wenn der einzelne Protestant auch viel milder denken sollte, als seine Kirche,« eine gemischte Ehe, in welcher Kinder erwartet werden könnten, gar nicht rechtlich zulässig seyn, da die Kinder nicht so erzogen werden können, daß den Anforderungen beider Kirchen zugleich genügt werde.

„die Handlungsweise der katholischen Kirche vollkommen loben und ehren, gemischte Ehen regelmäßig für bedenklich, oft für gefährlich erklären und auffordern, dringend davor zu warnen und dem evangelischen Christen verbieten, das Versprechen zu geben, seine Kinder katholisch werden zu lassen, weil er dadurch seinen evangelischen Glauben verläugne und es dem evangelischen Christen sogar zur heiligen Pflicht machen, wenn er dennoch ein solches Versprechen gegeben, sobald er das Sündliche desselben erkannt hat, dasselbe zurückzunehmen! weil einem Vater oder einer Mutter nichts mehr am Herzen liegen solle, als das wahre Heil ihrer Kinder, und es diesen Kindern in der katholischen Kirche wegen all ihrer Irrthümer und Mißbräuche so sehr viel schwerer gemacht sey, zu rechter Heilserkenntniß zu gelangen, als in der evangelischen, weßhalb die Eltern ihre Kinder nicht der Gefahr aussetzen sollen, des wahren Trostes und der rechten Stärkung im Leben und im Tode entbehren zu müssen."

Wenn die katholische Kirche nun auch jene Ansichten über den Werth der gemischten Ehen theilt, gleiche Wünsche und Warnungen ausspricht, anstatt aber das Zurücknehmen eines gegebenen Versprechens zur heiligen Pflicht zu machen und sich einer Toleranz zu rühmen, die ja vom kirchlichen Standpunkte nicht einmal das wäre, was man richtig Toleranz nennt, die Priester ermahnt, dort, wo Belehrung nicht fruchtet, die Sache geschehen zu lassen, damit das Wohl der Kirche und die Ruhe des Staates nicht gefährdet werde, und den der kirchlichen Aufforderung unfolgsamen Theil nicht mit Censuren zu verfolgen, sondern der Abschließung der Ehe, durch Anhörung des Eheconsenses, also in der nothwendigen und zureichenden Form katholischer Eheabschließung, zu assistiren; welche Lehre macht sich dann der Friedensstörung und des Treubruchs schuldig? und muß es, aller Geschichte zum Hohne, doch immer noch „der Ultramontanismus seyn, der durch die Streitaufregung der gemischten Ehen, unsere häusliche Eintracht gestört und die Eintracht in den deutschen Staaten zerrissen hat?"

Blickt man auf die vielen erdichteten, ungereimten und absurden Beschuldigungen, mit denen man den Katholicismus überhaupt und den katholischen Klerus insbesondere bezüglich der Grundsätze über gemischte Ehen und der Behandlung in einzelnen Fällen in Deputirtenkammern, z. B. in Baiern in deu Jahren 1831 und 1834, dann in öffentlichen Blättern und Brochüren überschüttete, so kann der gerechte Unwille nicht überraschen, mit dem viele aus dem katholisch-geistlichen Stande solche gehaltlose, der Geschichte wie der Wissenschaft unwürdige Anfeindungen zurückwiesen und sich zuletzt bestimmt fanden, zu Maximen zurückzukehren, die den Gegnern die Nöthigung nahe legten, statt oberflächlichen Geredes endlich die Lehre der eigenen und der anderen Kirche zu prüfen und die Sache in jene Lage zu bringen, welche ein angesehener protestantischer Theologe selbst [1]) empfiehlt, zu streiten in anständiger, unscandalöser Weise, unter der Herrschaft des Gesetzes und der guten christlichen Sitte, das Schwert des Geistes und der Wissenschaft zu ziehen und eben so bestimmt und energisch, als frei und gesinnungsvoll solchen Streit zu führen.

Ein mehr als viele Andere unbefangener, sich stets rucksichtslos nach Ueberzeugung aussprechender Protestant [2]) bemerkt: „Man hat behauptet, Protestanten und Katholiken könnten nicht gleiche Rechte in einem und demselben Staate genießen. An den Protestanten wäre es gewesen, das Gegentheil zu beweisen, indem sie die Rechte ihrer katholischen Mitbürger wie ihre eigenen vertheidigten. Statt dessen hat die ganze Art und Weise, wie die protestantische Literatur in der Sache der gemischten Ehen aufgetreten ist, nur deutlich bewiesen, daß es in jetzigen Zeiten wenig-

---

[1]) Marheinecke, die Reform der Kirche durch den Staat. Leipzig 1844. S. 63. Daß dieser Theologe selbst den Streit gleichwohl mit andern Waffen führt, soll später bemerklich gemacht werden.

[2]) Friedrich v. Florencourt, politische, kirchliche und literarische Zustände in Deutschland. Leipzig 1840.

stens noch sehr schwierig seyn möchte, daß beide Confessionen mit gleichen Rechten nebeneinander leben könnten.

„Auf die Frage: ob zufolge der früheren katholischen Lehre eine gemischte Ehe für den katholischen Theil Sünde sey? kommt es nicht an. Diese Frage hat die Kirche allein zu beantworten. Uns genügt die Thatsache, daß die jetzige katholische Kirche ein solches Verhältniß als Sünde bezeichnet hat. Indem einer Kirche Glaubensfreiheit zugesichert wird, wird ihr auch die Gestaltung, Interpretation und Fortbildung ihrer Lehre auf ursprüngliche und ihrer Constitution gemäße Weise zugesichert. Die weltliche Macht kann unmöglich berechtigt seyn, bei etwaigen Controversen oder Abänderungen der Lehre ein Wort mitzusprechen; wenigstens würde dadurch der Begriff der Freiheit der Kirche aufgehoben. Nur in dem Falle könnte vielleicht von einer solchen Einmischung die Rede seyn, wenn die wesentlichen Glaubensartikel dergestalt verändert würden, daß es gar nicht mehr dieselbe Kirche genannt werden könnte. So z. B. wenn die katholische Kirche auf einmal die alten Götter des Griechen- und Römerthums wieder anbeten wollte, dann stände es allerdings der weltlichen Macht zu, die garantirte Freiheit nicht auf die also veränderte Kirche zu beziehen, indem es gar nicht mehr dieselbe sey. — Uebrigens, eine solche Grundumänderung hat die katholische Kirche durch ihr jetziges Benehmen hinsichtlich der gemischten Ehen nicht erfahren. Eine Verbindung mit Ketzern hat sie nie gut geheißen und ebensowenig eine Erziehung der Kinder im Ketzerthume. Aber selbst im Falle einer solchen früheren Ansicht möchte es ihr freistehen, ihre Ueberzeugung über die Sündhaftigkeit eines solchen Verhältnisses zu ändern, sobald ihr Gewissensfreiheit zusteht.

„Ebenso brauchen wir auch nicht zu untersuchen, ob es der Kirche zustehe, zu loben und zu tadeln, zu segnen und zu fluchen, zu binden und zu lösen? Die kirchliche Disciplin ist ein integrirender Theil des kirchlichen Glaubens; die Ohrenbeichte, die Absolution, die Bußen u. s. w. sind rein kirchliche Gesetze, so

lange sie einzig und allein auf kirchliche Weise, durch Gewissen und durch freiwillige Unterwerfung der Theilnehmer, aufrecht erhalten werden. Sobald die Kirche sich aber einen äusseren Zwang anmaßt, sobald sie auf weltliche Weise ihre Disciplin auszuüben sich unterfängt, alsdann greift sie in das Gebiet des Staates hinüber. Hat dieses die katholische Kirche in Preußen gethan?

„Sie hat die gemischte Ehe für Sünde erklärt; wodurch hat sie die Sünder gestraft, die gegen das geistliche Gebot handelten? Hat sie sie ihrer Freiheit, ihres Vermögens beraubt? Hat sie die Kinder für Bastarde erklärt und enterbt? Hat sie die Frauen als Concubinen vor dem äusseren Gesetz behandelt? Gewiß nicht. [1]) Es fehlte ihr gänzlich alle Macht dazu. Jeglicher äusserer Zwang fiel in Preußen weg. Sie hat sich rein auf Gewissenszwang beschränkt und dieser Zwang steht jeder Kirche, die Glaubensfreiheit genießt, unbestreitbar zu. Ja sie hat es nicht hindern können, wenn sich Jemand ganz von ihr lossagte. Es ist bekannt, daß in früheren Zeiten und auch wohl noch jetzt in manchen katholischen Staaten bürgerliche Strafen über kirchliche Vergehen verhängt und dem Gewissenszwange auch noch ein äusserer Zwang hinzugesellt wurde. In Preußen konnte davon nicht die Rede seyn; eine jede solche Handlung wäre als Criminalverbrechen behandelt; in allen Anklageacten gegen die katholische Kirche ist auch nicht einer einzigen solchen Vergehung Erwähnung geschehen.

„Aber die Kirche hat vielleicht solche äussere Zwangsrechte prätendirt? Da ihr die Macht bisher fehlte, so hat sie dieselbe vielleicht jetzt vom Staate verlangt und diese unbescheidene Anforderung ist Ursache des Zerwürfnisses? Auch hiervon ist nichts bekannt geworden. Hat die Kirche je das Executionsrecht

---

[1]) Anderer Meinung ist v. Gagern in den Aphorismen über Kirche und Staat.

der weltlichen Gerichte bei ihren Bußen und Strafen auch nur im Mindesten in Anspruch genommen? Hat sie z. B. jemals auf Versprechungen über die Erziehung der Kinder in der katholischen Religion geklagt und verlangt, daß der Staat diesen Versprechungen juristische Kraft verleihen sollte? Hat sie auch nur den mindesten Anspruch auf Unterstützung des Staates durch äusseren Zwang gemacht? Sie hat sich wohl gehütet. Sie hat sich mit musterhafter Bescheidenheit — wir können nicht umhin, diesen Ausdruck zu gebrauchen, so sehr wir Antipode der katholischen Kirche sind — in ihrem Kreise erhalten; nicht einmal ihre Forderungen, geschweige denn ihre Handlungen sind, über diesen Kreis hinausgegangen. Die katholischen Priester haben nie etwas verlangt als moralische Verpflichtungen, Versprechen der Einzelnen, sich zu bessern und das geschehene Unrecht — Eingehung der gemischten Ehe — durch Erziehung der Kinder im wahren Glauben möglichst wieder gut zu machen. So lange sie die Erziehung der künftigen Kinder in ihrer Religion nur zur Gewissenspflicht macht, so lange ist sie in ihrem guten, vertragsmäßigen Rechte.

„Was würde erfolgt seyn, wenn die preußische Regierung gar nicht in diese Angelegenheit sich eingemischt und den katholischen Beichtvätern freien Spielraum gelassen hätte? Der eifrige Katholik hätte sich unterworfen, er hätte nur mit einer Protestantin sich verbunden, die, gleichgültiger gesinnt in ihrer Confession, sich zur katholischen Erziehung ihrer Kinder verpflichtet hätte. Umgekehrt wäre der eifrige Protestant nur mit solcher Katholikin in Ehe getreten, welche auf die Bedingung verzichtet und ihre Kinder der protestantischen Kirche überantwortet hätte. Hier ist ein gleiches Verhältniß; was auf der einen Seite des Protestantismus verliert, das gewinnt er auf der andern Seite. Ein dritter Fall ist der, daß beide Liebende auf ihrer Confession bestehen und dem zu Folge ihre Verbindung auflösen oder vielmehr nicht antreten. Das kann allerdings einige Schmerzen, einige gebrochene Herzen absetzen, allein eigentliche Gefahr für den

Staat läßt sich darin nicht erblicken. Zudem ist es besser, wenn vor der Ehe die Schmerzen eintreten, als in der Ehe, und es ist zehn gegen eins zu wetten, daß eine Ehe, in der starrer Confessionszwiespalt herrscht und in der die Liebe den Glaubensunterschied nicht überwunden hat, im höchsten Grade unglücklich seyn werde. Zwei orthodoxe Leute von verschiedener Confession sollten einander nie heirathen; ein enges Zusammenleben bei schroff entgegenstehenden Ansichten über die höchsten und heiligsten Verhältnisse kann nur traurige Resultate erzeugen. Muß es dem katholischen Theile nicht schmerzhaft seyn, muß er nicht täglich Qualen empfinden, wenn er seinen Gatten und einen Theil seiner Kinder für ewig verdammt halten soll, wenn keine Hoffnung auf Wiedersehen nach dem Tode für ihn stattfindet? Daß also solchen Ehen durch vorhergestellte Verbindlichkeiten zuvorgekommen werde, daß man sie durch Anforderung bestimmter Versprechungen verhütet, das scheint mehr eine weise, als eine gefahrbringende Maßregel zu seyn."

Sobald man so unbefangen die Verhältnisse würdigt, wird man auch anerkennen, daß, wenn der katholische Pfarrer die ausdrückliche Erklärung der Nupturienten, eine Ehe abschließen zu wollen, entgegennimmt, er dieselbe Mitwirkung eintreten läßt, welche der protestantische Pfarrer durch die Trauung bewährt [1]),

---

[1]) Elwers, Themis, Zeitschr. für prakt. Rechtswissenschaft. Bd. 1. S. 35 f. bemerkt: »Bei der Eingehung der Ehe fand in der katholischen Kirche seit Alters regelmäßig Ertheilung des kirchlichen Segens statt. Allein von dieser benedictio nubentium ist weder vor, noch nach dem tridentinischen Concilium das Daseyn der Ehe jemals abhängig gemacht worden, das vielmehr früher von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Eheconsenses, später von der Erklärung vor dem Pfarrer und vor zwei Zeugen abhing. Liegt nun gleich darin allerdings ein wesentlicher Unterschied zwischen dem katholischen und protestantischen Eherechte; so betrachtet doch auch die katholische Kirche jene Benediction als mit der, das Ehesacrament begründenden Erklärung genau zusammenhängend, so

und jene Mitwirkung wird die katholische Geistlichkeit zuverlässig eintreten lassen, sobald das Vertrauen zurückgekehrt ist, daß man

---

daß der Priester, der zum Anhören dieser Erklärung zugezogen wird, sich zugleich auch nur als segnend und das Sacrament der Ehe gewissermaßen ertheilend, gegenwärtig denken kann, und beide Akte nicht willkürlich trennen darf, weshalb denn auch in der katholischen Kirche, wie in der protestantischen, von Trauung gesprochen wird. Hieraus möchte hervorgehen, daß der Staat nicht die Gegenwart des Priesters in solchen Fällen fordern darf, wo dieser nach den Grundsätzen der Kirche den Segen nicht ertheilen kann; wenn gleich da, wo er nur gegen die Einsegnung, nicht gegen die Ehe selbst Einwendungen machen kann, der Staat die Ertheilung von Dimissorialien von ihm fordern, oder nöthigenfalls selbst suppliren und z. B. bei gemischten Ehen den protestantischen Pfarrer der Theorie und Praxis nach zur Copulation au'orisiren kann, die auch von der katholischen Kirche im Allgemeinen als gültig angesehen wird. — Es frägt sich nun aber, ob auf diese Weise die ganze Lehre von der katholischen Einsegnung gemischter Ehen nicht ihre praktische Bedeutung verliert und überall die Einsegnung solcher Ehen, der unbedingten Einsegnung solcher Ehen, wie neulich in Kurhessen, lediglich dem Gewissen und der Willkür der katholischen Pfarrer anheimgestellt und für den Verweigerungsfall dem protestantischen Pfarrer aufgetragen werden kann? Allein es darf nicht übersehen werden, daß es nach katholischen Begriffen hier nicht bloß auf die Begründung der Ehe, sondern vor Allem auch auf die Erlangung des Segens ankommt und der katholische Theil diesen nur von seiner Kirche und ihren Geistlichen wirksam erlangen kann (»Benedictio enim sanctificationis traditio est. Qui vero hanc non habet .... quomodo aliis tradet« c. 16. D. 28). Nun fragt es sich aber, ob jeder Katholik nicht einen Anspruch auf die Ertheilung dieses kirchlichen Segens bei seiner Verheirathung hat und ob der Staat die Hand dazu bieten darf, daß ihm dieser willkürlich entzogen werde, ob er ihn nicht vielmehr in diesem Anspruch auf einen von jeher den Heirathenden ertheilten Segen nöthigenfalls (wenn auch nicht durch directe, so doch durch indirecte Zwangsmittel) schützen muß, so daß der einzelne Pfarrer, als Verwalter des kirchlichen Segens, auch hier nicht nach Willkür, sondern nur nach bestimmten Regeln verfahren darf? Scheint nun dieses freilich im Allgemeinen bejaht werden zu müssen, so kann doch überall von der Ertheilung des Segens als einer sanctificatio nur dann die Rede seyn, wenn der

gegenseitig Ueberzeugungen achtet und nicht Nöthigungen eintreten lassen will, die mit Pflicht und Gewissen nicht übereinstimmen. Die Anwesenheit des Pfarrers bei der Abschließung gemischter Ehen wurde katholischer Seits, auch wenn das Versprechen, alle Kinder katholisch erziehen zu wollen, nicht abgelegt war, gestattet, wenn der Pfarrer nur bezüglich seiner Pflicht, zu ermahnen und zu warnen, nicht ungebührlich beschränkt worden war. So sprachen sich nicht nur Schriftsteller, sondern selbst die Doctoren der Pönitentiarie aus [1]), und es ist Thatsache, daß selbst die Einsegnung gemischter Ehen von der Mehrzahl der katholischen Pfarrgeistlichkeit in Schlesien, in der Diöcese Ermeland, und auch mehrfach in Gegenden, welche jetzt zur oberrheinischen Kirchenprovinz gehören, vorgenommen wurde; und eben so steht es historisch richtig, daß seit dem westphälischen Frieden häufig durch Landesgesetze die Trauung befohlen wurde, und daß der Papst, mitunter durch die Landesgesetze dazu veranlaßt, den Pfarrern die passive Assistenz gestattete. [2]) Aber

---

Empfänger sich im Stande der Würdigkeit befindet, was bei der Einsegnung der katholischen Ehe, als eines heiligen Sacraments, vor allen gilt. »»Derjenige,«« sagt der Verfasser des oben angezogenen Aufsatzes in der katholischen Literaturzeitung, »»befindet sich nach katholischen Grundsätzen offenbar im Zustande der Sünde, der mit dem Vorsatze, seine Kinder der Wohlthaten der katholischen Religion zu berauben und ihnen die Irrthümer des Protestantismus einimpfen zu lassen, das Sacrament der Ehe empfangen will.«« Dieses muß aus dem streng kirchlichen Gesichtspunkte wohl unbezweifelt zugegeben werden und in so fern scheint die katholische Kirche ganz consequent zu verfahren, wenn sie das Versprechen der Erziehung aller Kinder im katholischen Glauben zur Grundbedingung für die Ertheilung des Segens machte.«

[1]) »Licet . . . romani et poenitentiarii Doctores . . . ullam in praesentia cole culpam a parocho suscipi fateantur.« Serrarius de cathol. cum haeret. matrim. Mogunt. 1606. — Pontius de sacram. matrim. 1620. — Mack a. a. O. S. 38.

[2]) Die von Pius VI. genehmigte Entscheidung der Congregatio Conc. Trid. interpret. vom 19. Juni 1793.

eben so ist es Thatsache, daß die größten Staaten Deutschlands von den katholischen Pfarrern die Einsegnung gemischter Ehen nicht fordern. Das Oesterreich. Gesetzbuch verlangt ausdrücklich §. 77 nur: „Wenn eine katholische und eine nicht katholische Person sich verehelichen, so muß die Einwilligung vor dem katholischen Pfarrer in Gegenwart zweier Zeugen erklärt werden."

Nach preußischem Landrechte (II. 1. §. 136.) wird eine vollgültige Ehe durch priesterliche Trauung vollzogen; gleichwohl findet ein weltlicher Zwang zur Trauung gegen katholische Geistliche nicht statt; wogegen den Brautleuten das Recht gegeben ist, ihre Ehe ohne Rücksicht auf pfarramtliche Competenz von einem andern christlichen Pfarrer vollziehen zu lassen.

Die bekannten Verhandlungen, welche in der preußischen Monarchie die über die Einsegnung gemischter Ehen entstandenen Zweifel herbeiführte, hatten eine Cabinetsordre v. 28. Januar 1838 zur Folge, worin ausgesprochen wird: „Es sey durchaus unrichtig, daß, wie von vielen Behörden angenommen zu werden scheine, den katholischen Geistlichen des Rheinlandes und der Provinz Westphalen die Einsegnung der gemischten Ehen durch die Cabinetsordre v. 17. August 1825 [1]) unbedingt geboten werde. Vielmehr sey denselben nur untersagt, sich ein förmliches Versprechen über die Erziehung der Kinder in der katholischen Religion geben oder brieflich vorlegen zu lassen, weil solches den Gesetzen des Staates über die Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen und

[1]) Diese lautet: »In den Rheinprovinzen und in Westphalen dauert, wie ich vernehme, der Mißbrauch fort, daß katholische Geistliche von Verlobten verschiedener Confession das Versprechen abverlangen, die aus der Ehe zu erwartenden Kinder, ohne Unterschied des Geschlechts, in der katholischen Religion zu erziehen und ohne das die Trauung nicht verrichten wollen. Ein solches Versprechen zu fordern kann so wenig der katholischen, als im umgekehrten Falle der evangelischen Geistlichkeit gestattet werden.«

mit der gleichberechtigten Stellung der evangelischen Confession nicht vereinbar seyn würde. Bescheidene Erkundigungen seyen jedoch dem katholischen Seelsorger nicht verboten, und glaube derselbe, die katholische Trauung nicht vornehmen zu dürfen, so entscheide zwischen ihm und dem katholischen Brauttheile, welcher allein darüber Beschwerde zu führen befugt ist, der Diöcesanbischof, bei dessen Ausspruch es alsdann sein unabänderliches Bewenden habe, ohne daß ein Verfahren bei den Staatsbehörden stattfinden soll. Diesem nach ist also dem katholischen Pfarrgeistlichen allezeit gestattet, auf jedem gesetzlichen Wege nachzuforschen, ob nach den Grundsätzen der katholischen Kirche der Einsegnung einer gemischten Ehe nichts im Wege stehe und wo dieselben in dieser Beziehung eine Beruhigung nicht zu erlangen vermögen und die kirchliche Einsegnung nicht vornehmen zu dürfen glauben, werden sie dem katholischen Brauttheile überlassen, von der Befugniß der Beschwerde gegen den betreffenden Pfarrer bei seinem Diöcesanbischof Gebrauch zu machen, dem alsdann ausschließlich die Entscheidung in der Sache zusteht."

Auch im Königreich Bayern wird die Einsegnung einer gemischten Ehe von dem katholischen Pfarrer nicht gefordert, wenn die Ehe nicht einen überwiegend katholischen Charakter annimmt. In andern deutschen Staaten ist dagegen durch weltliche Gesetze allerdings die Einsegnung geboten [1]), in andern den Nupturienten frei gestellt, sich von dem Pfarrer der einen oder andern Confession trauen zu lassen [2]).

Wenn man den Zustand der Gesetzgebung über diesen Gegenstand in älterer Zeit betrachtet, so kann man nicht zweifelhaft

---

[1]) Das war der Fall nach dem Badischen Organisationsedict vom 11. Febr. 1803. Ziff. III. Die spätere Gesetzgebung ist weiter oben ausführlicher angegeben. Kurhessen Verordnung vom 18. Aug. 1823. Sachsen-Weimar Gesetz vom 27. Oct. 1823, §. 46.

[2]) Mecklenburg-Schwerin Verordnung vom 25. Januar 1810. Das ist auch die Praxis im Großherzogthum Hessen.

seyn, daß diejenigen Gesetze, welche, besonders seit 1803, die Einsegnung der gemischten Ehen entweder den Nupturienten bei einem oder jedem der Pfarrer der verschiedenen Confessionen frei stellten, oder dem katholischen Pfarrer die Verweigerung der Trauung verboten, zunächst keine andere Absicht hatten, als dadurch die Rechtsgleichheit für beide Confessionen zu vermitteln. Den protestantischen Regierungen Deutschlands darf keine andere Tendenz unterlegt werden, denn unmöglich kann eine Regierung absichtlich, wo es sich um eine Rechtsfrage handelt, confessionelle Rücksichten in die Wagschaale legen; und wo Rechtsgelehrte die Gesetze vorschlagen, würden diese, wenn je eine andere Absicht sie geleitet, aufgehört haben, selbst Priester der Themis zu seyn. Auch war es sehr erklärlich, wenn man in protestantischen Ländern die von protestantischen Geistlichen geforderte Trauung oder Einsegnung nun, wo man eine Rechtsgleichheit unter den Confessionen beabsichtigte, auch von dem katholischen Geistlichen für die Katholiken dasselbe forderte, was die protestantischen Pfarrer den Protestanten leisteten.

Die Distinctionen, welche die katholische Kirche bei Abschließung der Ehe zwischen der Gegenwart des Pfarrers, der Trauung und der Einsegnung (Benediction) macht und die Anstände, welche hierdurch herbeigeführt werden könnten, schwebte dabei zuversichtlich nicht vor Augen. Hatte doch selbst die katholische Regierung Oesterreichs unter Joseph II. die Einsegnung gemischter Ehen von den katholischen Geistlichen gefordert [1].

---

[1]) Freilich in einer Zeit, in welcher dieser Kaiser durch die bekannten Toleranzgesetze für die Erblande und Ungarn vom 13. Oct. 1781 (Schlözers Staatsanzeigen I. S. 129 u. 141) den augsburgischen und helvetischen Religionsverwandten, dann den nicht unirten Griechen, ein ihrer Religion gemäßes Privatexercitium gestattete; der katholischen Religion jedoch den Vorzug des öffentlichen Religionsexercitii vorbehielt und zwar verfügte: »daß es von Ausstellung der bisher gewöhnlichen Reverse bei Heirathen von Seiten Acatholicorum wegen Erziehung der Kinder in der römisch-katholischen

Das Benehmen der katholischen Geistlichkeit jenen weltlichen Gesetzen gegenüber, war ein sehr verschiedenes. Es ist schon vor-

---

Religion von nun an gänzlich abzukommen : da bei einem katholischen Vater alle Kinder, sowohl männlichen, als weiblichen Geschlechts, in der katholischen Religion zu erziehen sind, welches als ein Praerogativum der dominanten Religion anzusehen ist; wohingegen bei einem protestantischen Vater und einer katholischen Mutter sie dem Geschlechte zu folgen haben«; doch daneben auch verordnete : »Uebrigens soll der katholische Religionstheil unter keinem Vorwande Kinder oder Waisen, welche von nicht-katholischen Eltern abstammen, zur Erziehung in der katholischen Religion in Anspruch nehmen«; und für Siebenbürgen aber durch Gesetz v. 8. Nov. 1781 (Schlözer I. S. 149) als feststehende Norm bestimmte : «daß die Söhne bei gemischten Ehen, wo beide Theile zu einer recipirten (nicht bloß geduldeten) Religion gehören, in den Grundsätzen der väterlichen, die Töchter in jener der mütterlichen Religion erzogen werden sollen, aus Gründen völliger Gleichheit, deren die recipirten Religionen unter sich nach den Gesetzen genießen. Wenn aber eine solche gemischte Ehe zwischen Bekennern einer recipirten und einer nur geduldeten Religion, wie die nicht unirte griechische, vorkommt und der Vater der ersteren angehört, sollen alle Kinder in der Religion des Vaters erzogen werden, was als ein Vorzug der recipirten Religion zu betrachten ist; gehört die Mutter dagegen der recipirten, der Vater der geduldeten Religion an, so müssen die Kinder nach den Geschlechtern in der Religion der Eltern erzogen werden.« — Auch wurde für die gesammten Länder bestimmt, daß : »an Orten, wo kein akatholischer Prediger ist, die Protestanten, wenn sie nicht etwa zu benachbarten halten, bei dem katholischen Pfarrer taufen, trauen und begraben lassen (Schlözer V. S. 49). — Als eine Verordnung vom 21. Mai 1782 die Bestimmung über Einsegnung auf die österreichischen Niederlande ausdehnte, wandte der Cardinal v. Frankenberg, Erzbischof von Mecheln, sich an den Papst Pius VI, welcher sofort in einem Rescripte unterm 13. Juli 1782 sagte : »dicimus, quod si praemissa supra nominata admonitione ad avocandam partem catholicam ab illicito matrimonio, ipsa nihilominus in voluntate illud contrahendi persistat, et matrimonium infallibiliter secuturum praevideatur, poterit tunc parochus catholicus materialem suam exhibere praesentiam, sic tamen, ut sequentes observare teneatur sequelas : Primo, ut non assistat tali matrimonio in loco sacro, nec aliqua

hin bemerkt, wie manche sich den weltlichen Anordnungen fügten, andere an ihre vorgesetzte geistliche Behörde sich wandten, um Weisung für ihr Benehmen in der schwierigen Lage hervorzurufen, und daß damit die Angelegenheit bis zum päpstlichen Stuhle gebracht, und von da aus Entschließung gegeben wurde. In manchen Gegenden, wo die bischöflichen Stühle verwaist waren, hing außerdem viel von der Bildung der Geistlichen, von den Ansichten der weltlichen Regierung, selbst von gegenseitigem Wohlwollen und Achtung der Confessionen, ja von Zeitgeist, Indifferentismus und vielen andern Umständen ab. Viele katholische Geistliche mögen durch die Betrachtung, welche der Papst Benedict XIV selbst anstellt, daß durch die Taufe die Gemeinschaft des Christenthums begründet, auch die Theilhaftigwerdung der Sakramente vermittelt, und also auch die Eingehung einer, nach katholisch-kirchlichen Grundsätzen gültigen Ehe möglich werde, die Rechtgläubigen ohnehin in göttlichen Dingen mit den Irrgläubigen Gemeinschaft haben und auch darum sich mit ihnen ehelich verbinden können, so daß zur Eingehung einer gültigen Ehe nur Gleichheit der Taufe, nicht des ganzen Lebens erfordert werde, und daß, wenn solche Ehen auch stets als connubia detestabilia betrachtet worden und vor deren Eingehung nachdrücklich gewarnt werde, der Papst Pius VI. selbst dem Cardinal v. Frankenberg, Erzbischof v. Mecheln schrieb: »scientia

---

veste ritum sacrum praeferente indutus, neque recitabit super contrahentes preces aliquas ecclesiasticas, et nullo modo ipsis benedicet etc.« — Alsbald verfügte aber auch der Erzbischof von Wien am 18. Juli 1783 und 21. Mai 1785, »daß durch jene weltlichen Gesetze das Verbot der Kirche nicht aufgehört, welches auf die Gefahr des Abfalls für den katholischen Theil gegründet sey; die Kirche habe die gemischten Ehen stets gemißbilligt, besonders wenn die Kinder in einer andern, als der katholischen Religion erzogen werden sollten; es sey von solchen Ehen durch die Geistlichen dringend abzumahnen u. s. w.«

hæc nostra et tolerantia sufficere debet ad tuam assecurandam consciéntiam, quandoquidem in materia, de qua agitur, non occurrat oppositio cum iure divino aut naturali, sed tantummodo cum iure ecclesiastico [1])« und aus ähnlichen Gründen sich bestimmt gefunden haben, gemischte Ehen um so weniger anders als jede andere Ehe zwischen zwei Katholiken zu behandeln, als man beim ehemaligen Reichskammergerichte davon ausging, daß nämlich nach dem Apostel Paulus »nomine infidilium« die, so Christen seyn und doch in etlichen Dingen nicht übereinstimmen, nicht sollen verstanden werden, und diese Canones solchergestalt erklären, daß infidelium die Heiden, Türken und Juden betreffe; daß seit des westphälischen Friedens die Rechte der anerkannten christlichen Confessionen gleich seyen und die Protestanten nach der vom Kaiser Friedrich III. seinem Gesandten zum Friedenscongresse ertheilten Instruction von dem Vorwurfe der Ketzerei, der Wirkung und dem Gebrauche des Zeitlichen

---

[1]) Declaratio Benedicti XIV super dubiis respicient. matrim. in Hollandia et Belgio contracta etc. — Rescript Pius VI. v. 13. Juli 1782 an den Cardinal v. Frankenberg. — Sacrae Rotae Romanae Decis. a Jos. Petto. Lucae 1725. P. I. p. 507 : »Ad contrahendum matrimonium, uti elevatum in sacramentum, requiritur solum paritas baptismi, non fidei. Agitur de matrimonio in regionibus, in quibus catholici permixtim cum haereticis vivunt, sibique invicem non infestantur, sed familiariter agunt, et pacifice coniugaliterque cohabitare consueverunt, ideo haec matrimonia ad instar aliorum contractuum civilium ob amicitiae leges et communem pacem et tranquilitatem servandam tolerantur ab ecclesia iure consuetudinario, quod moribus utentium communiter receptum, habet vim legis et canonum vigorem temperat.« — Aus diesen Nachweisungen geht auch hervor, daß Dasjenige, was der Cardinal Consalvi einstens dem Herrn v. Gagern (Ansprache an die deutsche Nation. Frankf. 1838. S. 12) bemerkte, nichts Neues und nichts im Verborgenen Gehaltenes, sondern von Päpsten in Druckschriften wissenschaftlich begründet und in amtlichen Erlassen ausgesprochen war.

und der Rechte nach absolvirt seyn [1]), und man endlich von Seiten sehr gebildeter katholischer Geistlichen oft die Behauptung ausgesprochen findet, daß auch im westphälischen Frieden die Ehen zwischen den verschiedenen Religionsparteien in Deutschland ausdrücklich für gültig und rechtskräftig erklärt seyen. [2])

Solche Zustände, Verhältnisse, Auffassungen und Richtungen waren in einer Zeit, wo auch die protestantischen Geistlichen und Kirchengesetze einen mildern Charakter bei Behandlung der gemischten Ehen annahmen, ganz geeignet, oft das Gebiet der Rechtsgleichheit mit dem der theologischen Gleichheit zu verwechseln.

Hatte sich unter Einwirkung dieser und ähnlicher Gründe eine Praxis gebildet, welche fast die unbedingte Einsegnung gemischter Ehen zuließ, so durfte man es keinem, mit dem eigentlichen Verhalt der Sache nicht tiefer Vertrauten verdenken, wenn er darauf ein Gewicht legte: daß die Einsegnung seither verrichtet worden sey. Aber dagegen läßt es sich nicht rechtfertigen, wenn man die katholischen Geistlichen und die Kirche selbst des Strebens nach Bevorzugung und der Intoleranz bloß darum beschuldigt, weil diese Praxis unterbrochen worden ist:

Denn wenn jene Praxis sich durch Unkenntniß oder Gleichgültigkeit gegen Kirchengesetze, welche die competente Kirchengewalt aus Pflichtgefühl nicht unbeachtet lassen zu dürfen erklärt [3])

---

[1]) Pütter, Geist des westphälischen Friedens. Göttingen 1795. S. 363 f.

[2]) Mack a. a. O. S. 39.

[3]) So schreibt Pius VII. am 31. October 1819 an den apostolischen Vicar Joseph v. Hommer: »Quodsi in aliquibus Germaniae regionibus cautelae illae minime servantur, dolemus quidem, sed huiusmodi negligentia certe non est Sanctae huic Sedi imputanda, quae a supramemoratis regulis in huius generis dispensationibus concedendis nunquam recessit, neque recedere se ulla ratione posse iudicat, quia principiis ipsis catholicae religionis palam adversetur.«

und dem Gebrauche selbst oft widersprnchen, gebildet hatte, so war das Verlassen derselben ein Einlenken auf die vorgeschricbene Bahn, also an und für sich gewiß nichts Tadelnswerthes. Aber auch kein Verlangen eines Vorzugs, wenn gebildete protestantische Theologen, Synoden und Bischöfe für den protestantischen Geistlichen gleichfalls Befreiung von dem Zwange zur Einsegnung verlangten, wenn die Ehe durch Erziehung der Kinder in der katholischen Religion nicht vorherrschend protestantisch war; und wenn andere protestantische Gelehrte ein solches Verlangen bloß deßhalb nicht hegten, weil nach den Grundsätzen der evangelischen Kirche auch eine vorherrschend katholische Ehe ohne Bedenken eingesegnet werden könne, dann beruhte ja jene Praxis ohnehin auf einer Ungleichheit vor dem Gesetze, indem sie zwar nicht die Pflichten des protestantischen, wohl aber, wegen der verschiedenen Auffassung der Benediction, die des katholischen Geistlichen in Collision bringt; die Ungleichheit selbst aber von der katholischen Lehre nicht herrührt, da sie die Einsegnung nicht für wesentlich hält.

Endlich kann mit Grunde da nicht von Intoleranz gesprochen werden, wo eine Kirche nichts weiter verlangt, als in ihrem kirchlichen Wirken ungestört und frei sich zu entwickeln und in Abrede stellt, daß eine rechtliche Gleichheit darin bestehe, daß man das kirchliche Leben selbst gleich mache und gar dadurch, daß man, mit Beseitigung confessioneller Eigenthümlichkeiten, die eine Kirche nöthigen wolle, eine wesentliche Lehre aufzugeben, weil diese die andere Kirche nicht hat, und das in einem Falle, wo die andere Kirche sogar geneigt seyn wird, jene Lehre sich selbst anzueignen und dadurch, wenn denn so hoher Werth auf das Gleichmachen gelegt wird, die Gleichheit zu vermitteln. Was würde man einer katholischen Regierung wohl mit Recht erwiedern, wenn sie der Gleichstellung der Confessionen wegen den protestantischen Geistlichen den Cölibat zumuthen wollte, weil die katholischen unverheirathet leben sollen?

Die Frage: wie nun aber dem Mißstande über die von so vielen Seiten geforderte und verweigerte Einsegnung gemischter Ehen durch den katholischen Pfarrer abzuhelfen sey? läßt sich, nach unserer Ueberzeugung, bloß dahin beantworten, daß eine weltliche Regierung, welche den religiösen und kirchlichen Charakter des Ehebandes beim Abschlusse der Ehe vorherrschend beachtet haben will, den Grundsatz der weltlichen Gesetzgebung so modificirt auszusprechen hat: „daß der Abschluß der Ehe unter Christen nach der in den christlichen Kirchen wesentlichen Form erfolgen solle, die Geistlichen der verschiedenen Confessionen aber nur verpflichtet seyen, in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen ihrer Kirche die Abschließung zu vollziehen und daß bei gemischten Ehen insbesondere die Nupturienten die Wahl haben sollen, bei dem Pfarrer der einen oder andern Confession, oder auch bei beiden zugleich, oder nacheinander, die Ehe kirchlich vollziehen zu lassen, die Pfarrer aber auch hier ihrerseits nur verpflichtet seyen, dem Ansinnen nach Maßgabe der ihnen zustehenden Befugniß zu entsprechen."

Bei gehöriger Verständigung über die Tendenz einer solchen Verfügung werden sich die verschiedenen Kirchen und deren Pfarrer, so wie die Angehörigen der Confessionen vollkommen beruhigen und der Zweck des Staates, in Harmonie mit den Kirchen, vollständig erreicht werden. Zum Belege dafür sey es erlaubt, auf die Betrachtungen eines ehemaligen Professors der Theologie in Tübingen, Mack's [1]), die sich durch Umsicht und Unbefangenheit auszeichnen, hier aufmerksam zu machen.

„Eine Auskunft, die man von länger her eingeschlagen hat, geht auch in unseren Tagen noch im Schwange. Die Gesetzgebung,

---

[1]) In der Schrift: Ueber gemischte Ehen. Tübingen 1840. S. 57 f.

welche die kirchliche Einsegnung zur Bedingung der bürgerlichen Gültigkeit der Ehe machte, hatte bei dessen Uebertragung auf die gemischten Ehen nicht den katholischen, sondern den protestantischen Begriff der Benediction im Auge, und dachte sich darum, als sie die Trauung des katholischen Bräutigams mit der protestantischen Braut dem Pfarrer des ersteren vorschrieb, die katholische Benediction nicht in ihrem Unterschiede von der protestantischen, sondern in ihrer Gleichheit mit dieser. Sonach scheint es manchem, daß der katholische Pfarrer dem Staatsgesetze genügen leisten könne, ohne seiner Kirche etwas zu vergeben, wenn er nur im eintretenden Falle die Benediction nicht in specifisch-katholischer, sondern in solcher Form verrichte, in welcher sie sich von der nichtkatholischen gar nicht, oder doch nur in ganz unwesentlichen Punkten unterscheide und wie eine auf allgemeinchristlichem und dazu vorherrschend moralischem Standpunkte sich bewegende Belehrung und Glückwünschung ausnehme. Es fehlt nicht an gedruckten Formularien, welche hierzu brauchbar sind; noch geeigneter sind manche andere, welche schriftlich cursiren, und sollen auch diese in besonders delicaten Fällen dem Zwecke nicht völlig entsprechen, so scheint es erlaubt, für den einzelnen Fall ein eigenes Formular zu verschaffen. So wird in der That die Benediction bei gemischten Ehen von Seiten katholischer Geistlichen nicht selten verrichtet; ja, wenn öffentlichen Blättern zu trauen ist, so sind einige in dieser Rolle auch schon auswärts, jedesmal unter großer Bewegung des ungewöhnlich vollen Hauses, aufgetreten.

„Aber so große Satisfaction ihnen selbst und einem Theile des Publikums eine solche Aufführung gewähren mag, man muß große Bedenken dagegen haben. Fürs erste ist es eine Frage, ob ein solcher Act dem Staatsgesetze entspreche. Dieses verlangt die kirchliche Einsegnung; der Staat kennt aber keine christliche Kirche schlechthin, sondern eine katholische, eine lutherische, eine reformirte (beziehungsweise eine evangelisch-protestantische) Kirche; er verlangt sonach auch für gemischte Ehen die katholische, die lutherische, die reformirte Trauung und Benediction, welche der

Pfarrer sofort verrichten soll, im Auftrage und nach dem Sinne seiner Kirche; denn ohne letzteres hat er keinen öffentlichen und seine Handlung keinen amtlichen Charakter. Der Geistliche aber mit seinem Sermon und Spruch, der nicht katholisch lautet, noch lutherisch oder reformirt, welche Kirche repräsentirt er denn eigentlich? Und was hat man von den Offenbarungen zu halten, zu denen er sich vor einigen Stunden selbst inspirirt hat, von den Befehlen, an denen sein Streusand noch klebt, und von den Verheißungen, die auf dem Manuscripte vergilben? Man muß also sehr zweifeln, ob solche Einsegnungsakte, deren kirchlicher Charakter mehr oder weniger unsicher ist, dem Staatsgesetze entsprechen.

„Nicht weniger steht es in Frage, ob eine solche Einsegnung den Wünschen genüge, in denen sie von den Brautleuten nachgesucht wird. Diese verlangen das Urtheil der Kirche über ihr Vorhaben und bitten um die Ertheilung jenes Segens für ihren Stand, zu dessen Ertheilung die Kirche ihre Diener ermächtigt. Statt dessen vernehmen sie — nicht die rückhaltlose Sprache der Kirche, sondern die Ansicht eines einzelnen Mannes, die Gebete sodann und die Verheißungen entbehren entweder der kirchlichen Sanction, wenn sie nämlich erst von dem Geistlichen für den vorliegenden Fall und für ähnliche verfaßt sind, oder es ist zu zweifeln, ob sie auf den vorliegendeu Fall ihre Anwendung finden, wenn sie nämlich dem kirchlichen Formulare entnommen sind.

„Daß endlich das in Rede stehende Verfahren dem geistlichen Amte nur schaden könne, ist gar nicht mehr in Frage. Das Ansehen des letzteren verlangt ein sicheres und offenes Benehmen des Klerus, verlangt insbesondere von diesem Zuverlässigkeit und Solidität im amtlichen Wirken. Damit ist es aber unverträglich, wenn der Geistliche die kirchliche Gesetzgebung, deren Vollstrecker er seyn soll, selbst nicht kennt und nicht achtet; wenn er, um nichts Unangenehmes zu sagen, ihre Bestimmungen verschweigt oder verhüllt, wenn er, um nicht unwillfährig zu erscheinen, über seine Befugnisse hinausgreift, wenn er durch dieses und dergleichen zwei-

felhaft macht, ob sein Ja auch wirklich Ja sey, sein Nein wirklich Nein. Jede eigenmächtige Condescendenz eines Geistlichen zu dem Geschmack und den Wünschen Einzelner ist eine Wunde, die er dem Ansehen seines Amtes schlägt, — und da in diesem allein seine eigene Geltung gesichert ist, eine empfindliche Beschädigung seiner eigenen moralischen Existenz. — Da sonach der Geistliche zur Einsegnung gemischter Ehen weder Ermächtigung, noch Anweisung hat, so erscheint die wirkliche Einsegnung als ein Act, welcher dem Staatsgesetze höchst unvollkommen genügt, den Brautleuten eine sehr zweideutige Beruhigung, der geistlichen Standes- und Amtsehre aber einen unvermeidlichen Stoß giebt.

„Man hat an einigen Orten die von dem Gesetze verlangte Einsegnung der Ehen nicht an eine Confession gebunden, sondern den Brautleuten nur den Nachweis der vollzogenen Trauung bei dem Pfarrer des einen oder des anderen Theiles auferlegt. So viel ich sehe, entspricht diese Bestimmung der Freiheit, welche der Staat den Nupturienten gestatten kann, sowie dem Wunsche, welche in manchen Fällen diese selbst haben mögen, ihrer Ehe vorherrschend den Charakter dieser oder jener Confession geben zu dürfen. In diesem Falle ist es aber gewiß nur billig und folgerecht, auch dem betreffenden Pfarrer das Recht der Erkundigung zu gestatten, ob die Ehe, für welche die kirchliche Einsegnung verlangt wird, sich für die Trauung in einer Confession eigne, oder nicht. Denn es wäre eine deutliche Rechtsungleichheit, auf der einen Seite Alles dem Gutbefinden anheimzustellen, auf der anderen aber nur Nöthigung Statt haben zu lassen. Indessen wird das Gesetz im Interesse theils seiner selbst, theils der Brautleute, theils auch aus gebührender Rücksicht auf die gute Ordnung, innerhalb der Kirche noch eine weitere Bestimmung in sich aufnehmen sollen. Es verträgt sich schwerlich mit der Achtung, welche eine obrigkeitliche Verordnung in Anspruch nimmt, daß ihr nach dem individuellen Ermessen unter gleichen Umständen von dem Einen entsprochen werde, von dem Andern nicht. Ebenso muß es Unruhe

und Unzufriedenheit bei den sich für berechtigt Haltenden erzeugen, wenn unter denselben Umständen ein Verlangen hier befriedigt wird, dort aber keine Gewährung findet. Endlich, da nach katholischer Lehre die geistliche Amtsgewalt des Pfarrers sowohl historisch als dogmatisch ein Ausfluß der bischöflichen Gewalt, da sie deßhalb in ihrem ganzen Umfange von dieser abhängig und ihr in ihrer Ausübung untergeordnet ist [1]): so kann es dem Curatklerus in keiner Weise zukommen, eine so wichtige Handlung, wie die Benediction der Ehe, nach eigenem Ermessen, ohne Rücksicht auf die Absicht und den Willen des Bischofs, zu administriren. Vielmehr weist ihn der dem Bischofe eidlich angelobte Gehorsam an die Verfügung des letzteren, dessen Uebereinstimmung mit Lehre und Vorschrift der Kirche theils vorausgesetzt, theils in der Begründung derselben durch die Kanones der Kirche auf sichere Weise erkannt werden kann.[2]) Die weitere Bestimmung, welche sonach das Gesetz hinsichtlich der kirchlichen Behandlung der gemischten Ehen in sich aufzunehmen hätte, wäre diese, daß es den Brautleuten überlassen sey, sich behufs derselben an den zuständigen Geistlichen der einen oder anderen Confession zu wenden, welcher seinerseits verpflichtet sey, ihrem Ansinnen nach Maßgabe der ihm zustehenden Befugniß zu entsprechen.

---

[1]) Presbyteri nil sine praecepto et consilio Episcopi agant. Conc. Laodic. (c. 364). Presbyteri in parochiis rationem Episcopo suo reddant. Cap. 2 de sepult. in Clem. 3, 7. Parochorum potestas ab episcopali ordine tanquam a fonte instituta est, sed ita tamen instituta, ut hujusmodi presbyteri in rebus omnibus ab Episcopo penderent, ac nihil agerent sine mente aut conscientia Episcopi. Devoti T. I. p. 259.

[2]) Es leuchtet ein, daß eine dießfalls etwa ergehende Weisung des Bischofs nicht schlechthin gebieten oder verbieten wird, sondern um »kanonischen« Gehorsam zu erfahren sich auf die Canones beziehen muß, wie dieß gerade in unserer Sache von den Päpsten und den meisten Bischöfen auf eine sehr überzeugende Weise geschehen ist.

„Erwägen wir nun, welche Fälle eintreten können, wenn sowohl diese Bestimmung gehandhabt, als an der kirchlichen Lehre und Ordnung festgehalten würde! Der erste wäre der, daß die Brautleute sich entschlossen hätten, ihrer Ehe durch die Erziehung sämmtlicher Kinder in dem Bekenntnisse des katholischen Theiles einen vorherrschend katholischen Charakter zu geben. Die Verbindung leidet auch in diesem Falle wegen der Ungleichheit des Bekenntnisses an einer Irregularität, die einer kirchlichen Heilung bedarf. Dieselbe sollte, da es sich hier um die Abweichung von einem allgemeinen Kirchengebot handelt, vom Oberhaupte der ganzen Kirche ausgehen [1]; an den heiligen Stuhl wurden darum in den früheren Zeiten auch von Deutschland, wie jetzt noch von andern Ländern, die Gesuche um Dispens wegen Confessionsverschiedenheit der Nupturienten gebracht. Da aber die eigenthümlichen bürgerlichen und politischen Verhältnisse der Katholiken in Deutschland, um derenwillen der römische Stuhl den Verheirathungen der Katholiken mit Protestanten von Anfang an leichter die kirchliche Zustimmung gab, fortwährend zahlreichere gemischte Ehen herbeiführten, so bildete sich frühzeitig an vielen Orten die Praxis, daß die Bischöfe unter Annahme der Zustimmung des Papstes die Dispense selbst ertheilten [2]; was sodann folgerecht bewirkte, daß im Verlaufe der Zeit die Pfarrer die Erlaubniß der Bischöfe voraussetzten und ohne erst ihre Dispense einzuholen, die gemischten Ehen mit vorherrschend katholischem Charakter traueten, weßhalb sowohl in der öffentlichen Meinung, als in den Schulen, die Ansicht aufkam: in Deutschland seyen solche Ehen nicht verboten. [3]) Von Seiten des heiligen Stuhles geschah nichts, was eine Zustimmung zu dieser Ansicht enthielt; aber er beharrte nicht auf förmlichem

---

[1]) Benedictus XIV de Synod. dioec. L. VI. c. 6. 7.

[2]) Benedictus XIV l. c.

[3]) Sanchez de matrim. L. VIII. p. 239.

Widerspruche gegen dieselbe, duldete sie vielmehr, so lange sie in der Praxis keine andern Wirkungen hatte, als die, daß solche Ehen zugelassen wurden, für welche er im Falle des Gesuches die Dispensation nicht verweigert hätte. Nun glaubte man aber für dergleichen Ehen, auf welchen ja das Verbot der Kirche nicht mehr zu lasten schien, auch die kirchliche Benediction verlangen und gewähren zu dürfen. Dem stand auf der einen Seite entgegen, daß der protestantische Gatte auch einer solchen Ehe, deren Kinder sämmtlich der katholischen Kirche angehören sollen, als Protestant für die kirchliche Benediction die gehörige Empfänglichkeit nicht zu haben scheint. Auf der anderen Seite jedoch tritt derselbe, indem er nicht nur überhaupt in seinem Lebensgefährten die Kirche berührt, sondern auch dem Glauben seines katholischen Ehetheils factisch den Vorzug giebt und der Kirche Bekenner erzeugt, in einer Beziehung zu dieser, welche dem der Proselyten des Thores im Judenthume und der Katechumenen in der älteren Kirche nicht unähnlich ist. Es lassen sich auf ihn die Worte des heiligen Paulus (II. Cor. 7, 14) anwenden: Sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem, et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem: alioquin filii vestri immundi essent, nunc autem sancti sunt. Nach dieser Betrachtungsweise konnte man denn ihn auch zum Empfange des kirchlichen Ehesegens zulassen und nach dieser ist es wohl geschehen, daß in den letzten Zeiten das Oberhaupt der Kirche die katholische Trauung und Benediction gemischter Ehen in denjenigen Fällen, wo die Erziehung sämmtlicher Kinder in der katholischen Confession versprochen wird, zu verbieten aufgehört hat.

„Für unsern Fall nun, nämlich den des vorherrschend katholischen Charakters einer gemischten Ehe, ergiebt sich aus dem eben Erörterten die Ansicht und der Wunsch: daß sie auf kirchlichem Wege für erlaubt und zur katholischen Einsegnung berechtigt möchten erklärt werden, vorausgesetzt nämlich, was Verfasser dieses nicht bezweifelt, daß das Verhalten

des heiligen Vaters hinsichtlich derselben so verstanden werden dürfe, wie wir es eben verstanden haben.

„Der zweite Fall wäre, daß die Nupturienten die aus der Ehe zu hoffenden Kinder im Voraus der protestantischen Religion zueigneten, jene also vorherrschend protestantisch würde. In diesem Falle ist es nur in der Ordnung, daß sie auch nach protestantischem Ritus eingegangen werde, dagegen weder nöthig noch schicklich, daß man sich in den protestantischen Ehestand eine katholische Thüre suche. Daß die Einsegnung in der protestantischen Kirche zuverlässig erfolgen werde, läßt sich mit Bestimmtheit annehmen. Da übrigens der katholische Theil einer protestantischen Ehe, so lange er den Namen seiner Kirche trägt, dem Rechte derselben unterworfen ist, so ist es erforderlich, daß die Eheleute vor dem zuständigen Pfarrer des Katholiken und den erforderlichen Zeugen den Eheconsens erklären und damit die Bedingung erfüllen, an welche das Tridentinum die Gültigkeit derjenigen Ehen knüpft, bei denen ein Katholik sich betheiligt, wiewohl diese Förmlichkeit auch erlassen werden kann, wie denn auch Papst Pius VIII. gerade in Betreff solcher Ehen, von denen wir jetzt sprechen, davon entbunden hat in dem Breve an die rheinischen Bischöfe vom 25. März 1830. Es kann aber die Vornahme jenes Actes auch keine Schwierigkeit finden, da die Kirchenoberen zu demselben beauftragen können und da es hierbei nicht einmal erforderlich ist, daß der Geistliche sie gerne leiste. Bekanntlich genügt es an seiner persönlichen Wahrnehmung und thut selbst sein Widerspruch der Gültigkeit der Handlung keinen Abtrag.

„Man sollte glauben, daß eine solche Behandlung dieses zweiten Falles z. B. der würtembergischen Gesetzgebung über unseren Punct dem Wesen nach entspreche, aus folgenden Gründen: 1) daß dieselbe das Erforderniß der kirchlichen Einsegnung auch schon dann für erfüllt ansehe, wenn der zuständige Geistliche nur überhaupt amtlich gegenwärtig ist und mitwirkt, entnehme ich daraus, daß dieselbe die Vornahme der Trauung

nicht auf die Kirche beschränkt, ja, daß sie die kirchliche Einsegnung gar nicht um der Ehe selber willen für nöthig, sondern aus Gründen nur für angemessen erklärt, die heutzutage gar nicht mehr vorwalten.[1] 2) Daß sie die Einsegnung gemischter Ehen durch den Pfarrer des Bräutigams nicht zu einer unerläßlichen Bedingung ihrer Gültigkeit machen wolle, geht daraus hervor, daß gemischte Ehen, welche der Pfarrer des Bräutigams nicht, sondern nur der protestantische der Braut eingesegnet hat, wenn dieß nachher zur Kenntniß der Behörde kommt, darum nicht für ungültig erklärt werden. 3) Man wird ferner kaum irren, wenn man die Worte: „die zur Gültigkeit jeder Ehe erforderliche Einsegnung bei Ehen verschiedener Confessions-Verwandten" rc. in dem Sinne versteht: die zur Gültigkeit jeder Ehe erforderliche Einsegnung, oder, was nach Grundsätzen der katholischen Kirche so wesentlich zur Gültigkeit der Ehe erfordert wird, wie in der protestantischen die Einsegnung, d. h. die Annahme der Erklärung des Consenses vor dem Pfarrer und zwei oder drei Zeugen, ist Obliegenheit des Pfarrers des Bräutigams.[2] Verhielte sich das wirklich

---

[1] In der großen Kirchenordnung des Herzogs Christoph v. Würtemberg v. J. 1559 ist gesagt: daß der eheliche Contract zwar, gleichwie sonst andere weltliche Contracte, auf den Rathhäusern, oder anderen öffentlichen Orten verrichtet werden könne; weil jedoch bei der ersten Ausbreitung des h. Evangeliums Christi nach der Apostel Zeit sich Viele befunden, die den ehelichen Stand für einen unheiligen Stand, mit dem die Kirche Christi nichts zu thun haben soll, gehalten, auch sich durch Anrichtung des Satans den Eheleuten in ihrem Stand allerlei Verrichtigkeit begegne, darin die Gewißheit ihrer göttlichen Zusammenfügung ihnen in ihrem Gewissen nöthig, so sey es zur Besserung der Kirche fast nützlich, daß die Eheleute in öffentlicher Versammlung der Kirchen eingesegnet werden u. s. w.

[2] Eichhorn Kirchenrecht II. S. 505: »Indessen läßt sich wohl nicht bezweifeln, daß der bloße Mangel der Trauung, in einem Falle, wo der consensus matrimonialis vor dem competenten Pfarrer und den Zeugen erklärt und die Ehe in das Kirchenbuch eingetragen

so, dann bedürfte es zur Erledigung der wichtigen Angelegenheit nur einer Interpretation, nicht aber einer Modification der bestehenden gesetzlichen Bestimmung.

„Der dritte Fall wäre, wenn diejenigen, welche die kirchliche Einsegnung verlangen, eine Vertheilung der zu hoffenden Kinder in den Confessionen der Aeltern verabredet hätten, so daß die Söhne dem Vater, die Töchter der Mutter folgen sollten; eine Bestimmung, welche theils der staatsrechtlichen Gleichstellung der Confessionen, theils der gemeinen Billigkeit sehr zu entsprechen scheint, dabei aber in Wahrheit dem Begriffe der Ehe als einer individua vitae consuetudo und einer Gemeinschaft der menschlichen und himmlischen Güter am allerwenigsten angemessen ist, indem sie die Getheiltheit der Gatten in den wichtigsten Punkten auch auf die Kinder fortsetzt. Zugleich geht eine solche Bestimmung von der Annahme aus, daß die beiden Confessionen in Hinsicht auf Wahrheit und auf die Güter des Heils sich gleichstehen, eine Annahme, welche auf dem Standpunkte der beiden Kirchen als ein Irrthum in einem wesentlichen Religionspunkte erscheint und darthut, daß die Nupturienten noch nicht diejenige religiöse Bildung besitzen, welche zu einer erlaubten Eingehung der Ehe erforderlich ist. Darum und weil eine Ehe, die nur zur Hälfte katholisch seyn will, in Wahrheit gar nicht katholisch ist, wird man von der katholischen Kirche die Einsegnung der Kirche nicht verlangen können. Da aber jener Irrthum auch nach katholischer Betrachtung nicht zur Eingehung einer Ehe schlechthin unfähig macht, so wird der zuständige katholische Geistliche sich der Annahme der Consenserklärung der Verlobten doch nicht weigern dürfen, weil ja eine solche Weigerung auf den

---

wäre, der Gültigkeit einer Ehe nichts entziehen würde. Die Disposition des Landrechts geht zunächst auf die Formen der protestantischen Kirche; was in seiner rechtlichen Wirkung nach den Formen der katholischen Kirche der Trauung gleichsteht, ist daher unter jener Disposition wohl auch begriffen.«

Mangel richtiger Religionskenntnisse einen größeren Nachtheil setzte, als die Kirche selbst, welche zwar bei dem Vorhandenseyn desselben die Ehe mißbilligen muß, aber sie nicht verhindert. Wie aber, wenn auch die protestantische Kirche eine solche Ehe nicht als eine ihrem Bekenntnisse entsprechende ansähe und aus diesem Grunde sie feierlich zu trauen sich weigerte? Mich dünkt, die Staatsregierung würde nicht ungerecht verfahren, wenn sie dem protestantischen Geistlichen nicht mehr vorschriebe, als daß er bei einer solchen Verbindung eben nur diejenige Mitwirkung leiste, welche nothwendig ist, um sie zu einer gültigen zu machen. Jedenfalls aber sollte es der einen und anderen Kirche unbenommen seyn, in die etwaige Solennisation solcher Ehen diejenigen Bestimmungen aufzunehmen, in welchen der Unterschied hinlänglich hervorträte, der zwischen einer solchen Ehe und einer dem Geiste und Willen der Kirche entsprechenden stattfindet.

„Letzteres wäre denn auch die Bedingung, ohne welche für die gemischten Ehen in dem vierten Falle eine kirchliche Mitwirkung nicht sollte in Anspruch genommen werden. Ich meine den Fall, wo die Brautleute über die religiöse Kindererziehung gar nichts festsetzten, oder die Entscheidung darüber dem Zufalle überlassen wollen, z. B. dem Geschlechte des erstgeborenen Kindes. Wie man auf anderen Standpunkten über die Unentschlossenheit in einer so wichtigen Sache, wie die religiöse Kindererziehung, denken und was man zu Gunsten einer Maxime sagen möge, welche den Erstgeborenen zum unbewußten Zwingherrn seiner Geschwister in Glaubenssachen stempelt, die Kirche muß die Gedankenlosigkeit oder den Leichtsinn derer, welche in die Ehe treten, ohne daß sie über die Art der Erfüllung eines Hauptzweckes derselben in's Reine gekommen sind, für ebenso verwerflich erklären, wie die Verkehrtheit derer, welche sich in einem so wichtigen Punkte, statt ihrer reiflichen Prüfung vor Gott und der Berathung wohlwollender und einsichtsvoller Mitmenschen, dem blinden Ohngefähr überlassen; die Benediction ertheilen, d. h. die Billigung eines solchen Verhaltens aussprechen wollen, ist also

fern von ihr. Und wenn gleichwohl der katholische Geistliche es nicht verweigern kann noch soll, öffentlicher Zeuge bei einer solchen Ehe zu seyn, so muß er doch verlangen, keine Handlung verrichten zu müssen, welche der kirchlichen Gutheißung einer Ehe ähnlich wäre, deren confessionellen Charakter späterhin erst die Convention oder der Zufall bestimmen soll.

„Hiermit schließen wir. Die katholische Einsegnung gemischter Ehen ist mit Ausnahme desjenigen Falles, in welchem durch die Festsetzung der Erziehung sämmtlicher Kinder in der katholischen Religion die Ehe einen katholischen Charakter empfängt, gegen den Geist, die Lehre und Befehle der Kirche und kann daher von keinem Kirchenobern erlaubt, von keinem Kirchendiener ohne Pflichtverletzung vorgenommen werden. Wenn die weltliche Gesetzgebung sie dennoch vorschreibt, so wird von ihr ein anderer Begriff der Benediction, als der katholische, vorausgesetzt und andrerseits ist der Gehorsam, welcher ihrem Buchstaben an manchen Orten geleistet wurde und noch wird, schwerlich ein Gehorsam im Geiste und der Wahrheit. Es ist daher im Interesse eben so einer wahren Vollziehung der Staatsgesetze, wie zum Besten der guten Ordnung in der Kirche, zu wünschen und bei der Weisheit und Gerechtigkeitsliebe der Regierungen auch zuversichtlich zu hoffen, es werde dem Verlangen der Einsegnung gemischter Ehen nach katholischem Ritus die Prätension der Berechtigung durch das Gesetz entzogen werden."

Mit dieser Auskunft steht eine andere von dem Herrn Marheineke[1]) in sehr grellem Widerspruche, gleichwohl können wir es uns nicht versagen, dieselbe, als eine der neuesten, schon darum mitzutheilen, weil der Verfasser den schönen Gedanken hegt: daß „nur die Confession sich wahrhaft mit dem Christenthum eins wissen dürfe, welche nicht mit Gewalt oder List, sondern allein durch die Macht der erkannten Wahrheit,

---

[1]) Reform der Kirche durch den Staat. Leipz. 1844. S. 76 f.

siegen wolle;" und es interessant ist, zu sehen, wie ein solcher Gedanke sich äusserlich darstellt.

„Gehört nun dieser Lehrsatz (von der alleinseligmachenden Kirche) noch zu solchen, die man wohl denkt, aber kaum zu sagen wagt, ohne Verwunderung und Mißbilligung erwarten zu müssen, so dringt derselbe doch auch in die unmittelbare Praxis ein durch das Verfahren mit den gemischten Ehen [1]), welches der zweite jener Sätze ist, durch welche das Staatsleben unmittelbar störend und krampfhaft berührt wird [2]). Es spricht aber

---

[1]) Die Ansicht, daß die verkehrte, der katholischen Kirche unterschobene Auffassung des Dogmas von der alleinseligmachenden Kirche, auf die Bestimmung der katholischen Lehre von den gemischten Ehen eingewirkt, ist unter den Protestanten eine ziemlich allgemein verbreitete, s. auch H. F. Jacobson, über die gemischten Ehen. Leipz. 1838, S. 20, während in diesem Punkte besser Unterrichtete, z. B. Bessel, über gem. Ehen, S. 45, gewöhnlich hervorheben, daß die evangelische Kirche in ähnlicher Weise, wie die katholische, die Ueberzeugung ausspreche, daß die katholische irrgläubig sey. — So erklärt ja auch die vereinbarte Grundlage des eben in Berlin versammelten kirchlichen Congresses (nach öffentlichen Blättern) die Lehren und Grundsätze der römisch-katholischen Kirche, den Prinzipien der protestantischen zufolge, für Irrlehren und Mißbräuche.

[2]) Da viele Protestanten in neuerer Zeit die Bedeutung des Seligkeitsdogma weder in der wahren Bedeutung des symbolischen Protestantismus, noch in der des Katholicismus zu kennen scheinen, und bei Gelegenheiten, wo sie sich darüber aussprachen, einen eclatanten Beleg zu der Beobachtung Menzel's (Neuere Gesch. der Deutschen, Bd. 2. Vorr. S. V) liefern: »daß es häufig vorkomme, daß eifrige Protestanten, selbst Geistliche, die in andern Stücken gut unterrichtet seyen, bei Controversen über die Lehren vom Werthe des Glaubens und der Tugend das, was ihre eigene Kirche als Wahrheit lehre, der andern als Grundirrthum zum Vorwurfe mache und daß aus dieser Unkunde der größte Theil der Erbitterung fließe, welche das wiedererwachte Leben der beiden Kirchen verunziere«; und dieser Vorwurf Herrn Marheineke in Beziehung auf gemischte Ehen, hauptsächlich auch wegen seiner Unkenntniß der Bedeutung des Seligkeitsdogmas trifft, indem er dessen

schon dies nicht sehr für dies Verfahren, daß man im Papstthum selbst sich desselben nicht als einer reinen, christlichen Forderung bewußt ist, sondern als einer Institution nur gleichsam zu geographisch-statistischem Zweck, nämlich sich die Seelenzahl der Anhänger nicht allzusehr schmälern und verringern zu lassen, einer Nothwehr, die auf das Aeusserste reducirt ist und in der Freiheit und Liebe keine Schutzwehr mehr für sich finden kann. Man weiß es nur allzugut, daß diese Behandlung der gemischten Ehen eins der vielen Ueberbleibsel des intoleranten jüdischen Geistes ist, der auch den Lehrsatz von der alleinseligmachenden Kirche aufgebracht und sich auch in die christliche Kirche hineinvererbt hatte, indeß doch die eine Lehre wie die andere durch den Geist des Christenthums ausgestoßen ward. Es ist ein Nachklang von Judäa, daß seine Trennung von Samaria zu befestigen keine gemischte Ehen duldete. Auch unter uns noch haben sich Viele gegen Mischehen erklärt, weil ihr Respekt vor dem A. B. größer ist, als der vor dem N. [1]) Aber ohne Zweifel auch in Bezug

in der eigenen Kirche gelehrte Wahrheit der andern als Grundirrthum zum Vorwurfe macht, so habe ich diesen Grundirrthum Marheineke's in einer besondern Brochüre, die bei Kupferberg in Mainz gleichzeitig mit dieser Abhandlung erscheinen wird, nachgewiesen.

[1]) Bezüglich dieses Respectsverhältnisses könnte sich Marheineke doch irren, wenn er annimmt, daß, wer sich auf das alte Testament beziehe, mehr Respect vor diesem als dem neuen habe. Es kommt aber nicht einmal darauf an, welchen Respect man hat, sondern welchen man haben soll. Der symbolische Protestantismus anerkennt aber die heiligen Schriften alten und neuen Bundes als Quelle, Norm und Richterin des Glaubens; darum soll ein symbolgläubiger, sich nicht selbst symbolisirender Protestant, gleichen Respect vor dem alten wie vor dem neuen Bunde haben. Ohnehin ist im neuen Testament ja auch die Präexistenz des Logos, z. B. im Anfang des Evangeliums Johannis, bei Paul. an die Hebr. I. 2 und an vielen andern Orten; und ist denn nicht die Zurückführung der menschlichen Sündhaftigkeit auf Adams Fall auch etwas, was an Jüdisches erinnert? Nach welcher Norm soll man nun

auf diesen Punkt sagte Christus zu der Samariterin: es kommt die Zeit, da ihr weder auf diesem Berge (Garizim), noch zu Jerusalem werdet den Vater anbeten u. s. f. Joh. 4, 21 ff. Wo dieser Geist christlicher Liebe in einer Ehe herrscht, in welchem auch der innere Widerspruch der Confessionen beständig aufgehoben ist, da können auch die Nachtheile dieses ehelichen Verhältnisses nicht überwiegen und werden vielmehr von mancherlei Vortheilen begleitet seyn. Denn wie zum Begriff der Ehe Mann und Frau dem Geschlecht nach müssen verschieden seyn, so können [1]) sie es wenigstens der Confession nach, zumal diese doch das gemeinsame Bekenntniß zur christlichen Religion nicht ausschließt. Jene Aufhebung des confessionellen Unterschiedes in dem Geiste der christlichen Liebe kann allerdings nicht ohne Bewußtseyn des Unterschiedes und dieser somit nicht ein gleichgültiger seyn. Aber eben dies Bewußtseyn veranlaßt, belebt und schärft das Nachdenken über christliche Wahrheiten in einer gemischten Ehe mehr, als in der einfachen und erhält die Theilnahme daran rege. Dies weiß man auch im Papstthum [2]) gar wohl und fürchtet mit Recht, es möchte

---

bemessen, welchen Werth das Heidnische und Jüdische im N. B. hat? Vielleicht auch nach Joh. IV. 21 f.?

[1]) Für das Können, welches aus dem vorhergehenden Müssen doch nicht folgt, braucht man keinen Grund anzuführen.

[2]) Uns dünkt, das wisse man auch anderwärts, und Marheineke hätte es sehr bestimmt aus Entschließungen des sächsischen Oberconsistoriums ersehen können, dessen Aussprüche, wie Bessel a. a. O. S. 46 bemerkt, bei der evangelischen Confession weithin Anerkennung gefunden haben. Diese Grundsätze sind unter andern: »Obgleich es gerathen ist, daß nur Personen, welche in dem wahren Glauben mit einander übereinstimmen und Gott mit einem Herzen und Munde nach göttlichem Worte und Gebote anrufen und verehren, mit einander ehelich verbunden werden, so kann doch eine Ehe mit irrgläubigen Personen erlaubt werden, wenn sie nicht hartnäckig im Irrglauben sind, vielmehr sichere Aussicht zu ihrer Bekehrung vorhanden ist. Deshalb ist die Ehe zwischen Personen, welche dem katholischen und lutherischen Glauben angehören, nicht schlechthin untersagt. . . . Wenn Hoffnung vorhanden

die Vernunft der Liebe zuletzt nicht nur über den Unterschied des Bekenntnisses siegen, sondern auch den Theil besiegen, der es an

ist, daß eine Person von irrigem Glauben zur wahren und ächten Religion übergehe, wer würde nicht schon um deshalb einer Ehe Beifall geben, welche das Heil der Seele befördert? Nichts desto weniger ist bei der Erlaubniß zur Ehe zwischen lutherischen und katholischen Leuten vorsichtig zu verfahren und unfehlbar darauf zu sehen, 1) ob Hoffnung zur Bekehrung des katholischen Religionstheils vorhanden und für den evangelischen keine Gefahr des Abfalls zu besorgen sey, und 2) daß abgeredet werde, daß die Kinder aus der Ehe im ächten lutherischen Glauben erzogen werden, unter dafür gegebener Gewährleistung. Wenn dieses Beides genau beobachtet wird, so ist die Ehe nicht zu untersagen, im entgegengesetzten Falle aber **auf keine** Weise zu gestatten.« Auf eine Anfrage entschied jenes Oberconsistorium: »Wenn ihr vergewissert seyd, daß eure Tochter in unserer wahren und seligmachenden Religion dermaßen fundiret und gegründet, daß nicht zu befahren, sie etwa von dem Manne inskünftige verführet und zu dem Papstthume verleitet, viel eher aber er durch sie zu unserer göttlichen Lehre wiederum gebracht werden möchte, so ist euch ungewehret .... die Kinder auch in unserer evangelischen lutherischen Lehre entweder selbst, oder nach ihrem Tode durch Andere zu erziehen Macht haben solle, genügsame Versicherung aufrichten lassen.« Bened. Carpzov Def. Eccles. s. Consist. v. J. 1665. L. II. P. 1. Def. 6. §. 20. Solche Grundsätze sind in der protestantischen Kirche von der ältesten bis zur neuesten Zeit aufgestellt und eingeschärft; warum richtet Marheineke nicht darauf zunächst wenigstens seine Mißbilligung? Etwa deshalb nicht, weil der Herr Vicepräsident des evangelischen Landesconsistoriums zu Dresden, v. Ammon, in der Schrift über gem. Ehen, S. 123 versichert: »In Sachsen war schon im sechzehnten Jahrhunderte der Grundsatz in das öffentliche Leben übergegangen, »»daß man zu den Ungläubigen nur Heiden, Türken und Juden, nicht aber auch diejenigen rechnen dürfe, welche zwar in einzelnen Artikeln des christlichen Glaubens von einander abweichen, aber in dem Fundamente der christlichen Dogmen zusammenstimmen,«« daher denn diese Verschiedenheit des Cultus nicht für ein Ehehinderniß zu halten sey.« Bei Carpzov hätte der Herr Vicepräsident entgegengesetzte Entscheidungen aus dem 17. Jahrh. lesen können.

der Liebe der Vernunft fehlen läßt. Was nun das Verhalten der protestantischen Kirche und des Staats zu den päpstlichen Verordnungen betrifft, so hat jene zunächst nur mit aller Macht der Lehre und des Worts das Verordnete zu bestreiten und hat ein unbezweifelbares Recht dazu. Es ist ein der christlichen Kirche von aussen gekommenes und ihr als Gesetz aufgedrungenes, ganz in ähnlicher Weise wie das Verbot der Ehe der Geistlichkeit. Es muß vom protestantischem Standpunkte frei gesagt werden können, daß man im Papstthum mit dieser Lehre kein gutes Gewissen hat, da es sonst höchst pflichtwidrig und gewissenlos gewesen seyn würde, die Forderung Jahrhunderte hindurch praktisch zu ignoriren und ruhen zu lassen, daß man sie heutiges Tages selbst noch hie und da nach dem Ermessen der Bischöfe temperirt und höchstens der Lehre reservirt und daß man es offenbar mit allen seinen praktischen Folgen erst in der neuesten Zeit wieder als einen Wespenschwarm aus durchstochenem Wespennest hat ausfliegen lassen. So willkürlich herbeigezogen, so gewaltsam behauptet steht es den christlich-sittlichen Geboten gegenüber und ist in der Unmöglichkeit, sich als ein solches zu rechtfertigen und zu beweisen.[1]) Ein anderes ist, was den protestantischen Pfarrer in der Praxis leiten soll. Das Nächste wäre, zu denken: das Gesetz. Es fehlt auch wirklich nicht an Gesetzen in Bezug auf gemischte Ehen. Das Gesetz, sey es das, nach welchem das Geschlecht der Kinder im Verhältniß zu dem Geschlecht der Eltern, oder das, nach welchem die Confession des Vaters entscheiden soll, in welcher Confession die Kinder erzogen werden sollen, ist gerecht, ist dem Geiste des Christenthums gemäß, ist auch vollkommen

---

[1]) Wenn das alles Wahrheiten sind, so sprechen sie begreiflich mit gleicher Stärke gegen den Protestantismus. Warum bleibt Herr Marheineke nicht im eigenen Hause? und warum läßt er den Wespenschwarm nicht in Duisburg schwärmen? oder sind die christlich-sittlichen Gebote für Herrn Marheineke anders beschaffen, als für einen Katholiken?

ausreichend und leitend. Wie es aber für die Gesetzgebung und den Staat das größte Unglück ist, wenn das Gesetz nicht respectirt oder nur einseitig befolgt wird, so ist es auch in diesem Fall gegangen; dem Gesetz wird auf der einen Seite die Nachachtung versagt. Man hat daher bereits vorgeschlagen, daß Brautleute, von denen ein Theil nicht protestantisch ist und die sich dahin vergessen [1]), ihren künftigen Kindern den reinen evangelischen Glauben zu verweigern und sich dazu verbindlich gemacht haben, öffentlich der Gemeinde von der Kanzel als solche angezeigt werden, welche der protestantischen Kirche nicht mehr angehören, was denn zugleich in sich schließen würde, daß sie auch protestantisch nicht kopulirt werden können, welches letztere ganz neuerlich die Diöcesansynode zu Nördlingen dem bairischen Consistorium in einer besondern Eingabe angetragen hat. Ist nicht, kann man sagen, was dem einen Theil recht ist, dem andern billig? Es würden allerdings in Folge davon viele Ehen dieser Art ganz unterbleiben, oder nur nach vorgängiger reiflicher Ueberlegung dieses Punktes geschlossen werden. Aber die ernstere Frage ist: ob die Intoleranz [2]) auf der einen Seite ein Grund zur Nachahmung derselben auf der andern Seite werden soll und ob ein solcher Entschluß, der sogar, wie von Seiten der Synode ausdrücklich ausgesprochen ist, Achtung vor dem päpstlichen Verfahren in sich schließt, nicht dem Geist der protestantischen Kirche widerstrebt. Daher ist vielmehr hier der Fall, wo der Staat mit seiner Weisheit und Gerechtigkeit einzutreten und den Anmaßungen des Papstthums ein Ziel zu setzen hat. Ein christlicher Staat ist vor Gott und der Welt verbunden, nichts zu unterlassen, was sein Gesetz auf-

---

[1]) Wenn sich der eine Theil nicht vergessen soll, warum nimmt es Herr Marheineke dem andern übel, daß er sich nicht vergißt? Ist das die Billigkeit, wovon doch gesprochen wird?

[2]) Wenn hierbei von Intoleranz überhaupt geredet werden könnte, so wäre, wie oben geschichtlich nachgewiesen wurde, die katholische Kirche nicht mit dem bösen Beispiele vorangegangen.

recht halten kann zur Herrschaft der Gerechtigkeit und zur Beruhigung der Gewissen, keine Reversalien [1]), wie sie die Intoleranz fordert, zu dulden. Die sittliche Haltung und Würde des Staats erfordert, darin so weit zu gehen, als er irgend kann, den protestantischen Theil zu beschützen. [2]) Das Geringste wäre, bei der protestantischen Trauung einer gemischten Ehe die passive Assistenz des päpstlichen Commissarius, der ohnehin dabei nur eine traurige Figur spielen kann, zu verbitten und zu verbieten. [3]) Es wäre ferner von Staatswegen öffentlich zu erklären, daß alle Versprechungen und Cautionen über Erziehung künftiger Kinder einer gemischten Ehe für ihn ohne Kraft und Verbindlichkeit seyen und dieses dem Volk auf allen Wegen zum Bewußtseyn zu bringen. Es fragt sich aber, ob nicht von der Forderung der Reversalien, in denen über den protestantischen Theil mitdisponirt wird, der Rekurs an die bürgerlichen Gerichte eröffnet werden könnte. Der protestantische Theil müßte berechtigt und verpflichtet seyn, das Factum zu Protokoll bei dem protestantischen Pfarrer zu deponiren und dieser die Klage in jedem einzelnen Fall anbringen. Niemand kann sagen, daß dies heiße, einer Confession und ihrem sogenannten Dogma Gewalt anthun, heißt vielmehr nur verhüten, daß sie der andern Gewalt anthue und dies zu verhüten, erfordert des Staates Pflicht und Gerechtigkeit. Man kann ihnen nicht wehren, ihre Lehre zu bekennen, wohl aber sie Andern, die nicht ihres Glaubens sind, aufzudringen. [4]) Alle Fälle dieser Art müßten

---

[1]) So nachdrückliche Reversalien, als in der protestantischen Kirche gefordert wurden, hat die katholische niemals verlangt.

[2]) Der Staat hat jeden Theil in seinem Rechte zu schützen; dieses Recht muß aber seiner Natur nach ein bestimmtes seyn. Bei wem soll nun aber der Staat erfahren, welches Recht in Schutz zu nehmen ist? denn andere Forderungen stellen z. B. Marheineke, andere Harleß, Mosheim u. s. w.

[3]) Eine würdige Sprache! Damit vergleiche man die Entwickelung Mack's.

[4]) Warum versucht aber Herr Marheineke, seine wunderlichen Mei-

öffentlich bekannt gemacht werden. Denn die christliche Sitte bietet sich dem Staatsgesetze als eine strenge Wächterin an; sie übernimmt die Rechtfertigung und Vertheidigung desselben und ihr kann der Staat um so mehr vertrauen, als er einem hartnäckigen Irrthum gegenüber die Weisheit und Gerechtigkeit auf seiner Seite hat. Denn dies Bewußtseyn ist in allen Dingen, selbst welche sich den tyrannischen Verordnungen im Papstthum unterwerfen, daß der Staat in diesem Fall einen höhern, dem Christenthum weit mehr entsprechenden Standpunkt hat, als jenes. Und damit schon geschieht dem Papstthum mehr Abbruch, als es irgend durch seine Verordnungen über die Mischehen gewinnen kann. Um so weniger hat der freie christliche Staat nöthig, vor solcher Institution irgend einen Respect zu äussern, etwa (von) wegen ihres Ursprunges, der ihn ohnedies nichts angeht. [1]) Um so mehr muß er die größeste Strenge eintreten lassen, wo die Einrichtung, wie in diesem Fall, so tief in das bürgerliche Leben eingreift und den Samen des Unfriedens über den christlichen Ehebund auszuwerfen beflissen ist und sich mit irgend einem Zwang verbindet. Die Oeffentlichkeit besonders stellt sich auch in dieser Rücksicht als eine treue Verbündete an die Seite des Staats; denn dahin ist es längst gekommen, daß Mißbräuche dieser Art schon, werden sie nur an das Licht gestellt, ihre gerechte, wenn auch zunächst nur moralische Strafe finden.[2]) Man lasse sie nur frei und öffentlich sagen, was ein französischer Jesuit[3]) in seinem

---

nungen der evangelischen und katholischen Kirche sammt dem Staate aufzubringen? Denn solche Meinungen, als Hr. M. sich angeeignet, hat in der That keiner von den Dreien bisher gehegt.

[1]) Von demjenigen, der keinen Respect vor dem alten Bunde hat, von dem erwartet das Papstthum als solches gewiß auch keinen.

[2]) Wir knüpfen ähnliche Erwartungen; wie Hr. M. an seinen Rath, an unsere Darstellung, die auf den Ursprung der Erscheinungen aufmerksam macht

[3]) Marheineke versichert: »Man braucht keinen (Jesuiten) gesehen zu haben, und man kennt sie doch alle. Giebt es denn auch unter

Simple coup d'oeil p. 83 sagt: „„solche Ehen schloß man am Hofe Katharinens von Medicis am Tage vor der Bartholomäusnacht."" Noch sind wir nicht ganz so weit."

Sonderbare Lust des Prometheus, dem der Geier die Leber weggefressen!

Hat denn Herr Marheineke noch immer nicht gelernt, daß, so wie es seinem Protestantismus wenigstens natürlich ist, sich zu verändern [1]), es dem wahren Katholicismus natürlich ist, zu allen Zeiten seine Lehren und Grundsätze unveränderlich zu bewahren. Aus dieser principiellen Verschiedenheit beider Confessionen mußten sich im Verlaufe der Zeit des geschichtlichen Nebeneinanderlebens bedeutende Differenzen entwickeln und diese wurden in der jüngsten Zeit in der Auffassung der gemischten Ehen allerdings ebenfalls bloß darum fühlbar, weil viele Protestanten nicht bei dem ursprünglichen Lehrbegriffe des Protestantismus geblieben waren. Denn daß in früheren Jahrhunderten dieser Gegenstand, wenn auch nicht beiderseitig vollkommen gleichmäßig, doch principiell übereinstimmend und katholischer Seits nicht provocirend, aber milder behandelt worden ist, wurde oben nachgewiesen. „Wäre der Protestantismus bei seinem ursprüng-

---

uns Jesuiten? Man kann sie daran erkennen, daß sie dieß leugnen, oder auch der Frage ganz ausweichen. Ein Jesuit will Niemand seyn; doch hat ein Jeder Anlage dazu.« Daß man ein solches Ueberall und Nirgends als Gefahr drohend ansieht, ist begreiflich; denn nach jener Erklärung ist in der That ein jeder Mensch ein Jesuit, sobald man nur die Frage an ihn richtet, ob er einer sey? Durch deren Bejahung macht er sich selbst, durch deren Verneinung oder Ausweichung macht ihn Marheineke dazu.

[1]) Plank (über den gegenwärtigen Zustand und die Bedürfnisse unserer protestant. Kirche bei dem Schlusse ihres dritten Jahrhund. 1817. S. 25) sagt selbst: »In dem constitutiven Prinzip des Protestantismus, so wie es schon von unsern Reformatoren aufgefaßt wurde, liegt nicht nur die Möglichkeit, sondern selbst eine gewisse Nothwendigkeit des beständigen Fortschreitens und somit eine beständige Aenderung der Theologie.«

lichen Lehrbegriff geblieben, es konnte ihm nicht von ferne beifallen, zu solchen Ehen Amen zu sagen und noch heute würde die katholische Kirche nicht das Geringste dagegen einzuwenden haben, wenn man, und sollte es auch nur um der Selbsterhaltung willen geschehen, zur alten Praxis zurückkehrte und den gemischten Ehen unter bestimmten Verhältnissen die kirchliche Mitwirkung versagte. Das wollte und will man nun aber gerade nicht, sondern verlangt von der katholischen Kirche, auch sie solle zum wenigsten in der Praxis auf die alte Anschauungsweise verzichten, sich als eine Fraction der Universalkirche betrachten und sich dem modernen Standpunkte anbequemen. Mit Ausnahme der strengorthodoxen Protestanten, wie Hengstenberg, Harleß und etliche Andere, ist dies so ziemlich die allgemeine Ansicht von der Sache, nur daß etwa die Rationalisten weniger Aufhebens davon machen, wie es die alte Kirche in solchen Dingen zu halten beliebe. Der Verlauf dieser Angelegenheit ist sattsam bekannt. Das Verfahren der Katholischen hatte die unmittelbare Folge, daß sich die kaum verklungenen Beschwerden über die Anmaßungen der Hierarchie, über Verletzungen der Parität der Confessionen, über Störung des Familienfriedens, über Unduldsamkeit und Verdammungssucht der römischen Priester, mit aller Emphase erneuerten und bis in die untersten Volksschichten hinabdrangen. Man mochte es sagen, so oft man wollte, daß die Kirche damit den andern Religionstheil ganz unangefochten lasse, daß sie nur um ihre eigenen Angehörigen sich kümmere, daß es sich nur um die Ausübung einer unbestreitbaren Gerechtsame und Verpflichtung handle, daß hiermit die gleiche politische Berechtigung der Protestanten nicht im geringsten angetastet sey: es half und hilft Alles nichts, es bleibt bei dem einmal formulirten Vorurtheil, dem von Seiten des protestantischen Volkes beigepflichtet wird. Dies hat sich namentlich in den jüngsten Tagen erwiesen: nicht nur haben die Rongeaner und Lichtfreunde bei den Mischehen und ihren Gönnern den meisten und nachtheiligsten Anklang gefunden, sondern man hat das Toben wider die päpstliche Kirche ausdrück-

sich durch die Hinweisung auf jene Angelegenheit zu rechtfertigen gesucht. [1])"

Gehen wir nun zum Charakteristischen der Auflösung der Ehe über, so könnten wir uns, da hier die Gegensätze der gleich berechtigten Kirchen bekannt genug sind, kürzer fassen, wenn nicht der oben angeführte, eben so geistreiche als gelehrte v. Grolman, dem Staate die Aufgabe gestellt hätte: „eine in den Augen jedes richtig Urtheilenden entheiligte und ihrer moralischen Würde entkleidete Ehe, zum größten Nachtheile für Familienwohl und für seine politischen Zwecke, gegen den Willen der Eheleute, nicht zu perpetuiren." Es wird sonach der weltlichen Gesetzgebung auch dort, wo in den einzelnen Kirchen widersprechende Lehren über die Auflösbarkeit der Ehe vom Bande bestehen, gerathen, den der einen Kirche allein zusagenden Grundsatz der Auflösbarkeit zu recipiren, ihn auch auf die Anhänger der andern Kirche auszudehnen und es wird darin keine Abhängigkeit von einem der kirchlichen Systeme gefunden. Wenn ein Gelehrter mit dem Geiste v. Grolman's zu diesem Resultate gelangt, dann darf der Bekämpfer der Ansicht nicht mit dem bloßen Widerspruche, der oft allein Widerlegung genug enthält, gegenübertreten.

Nach der Lehre der katholischen Kirche ist die Ehe unauflösbar und dieser Grundsatz wird gestützt auf Stellen der heiligen Schrift, Lehren der Kirchenväter, Concilienschlüsse und die stete Praxis der Kirche.

So oft sich die Veranlassung ergab, über eine beabsichtigte Auflösung einer Ehe sich auszusprechen, gab Jesus und seine Apostel den Bescheid: „was Gott zusammengefügt hat, soll der Mensch nicht trennen."

Auf die Frage der Pharisäer: „ist es einem Manne erlaubt, sein Weib um jeder Ursache willen zu entlassen?" antwortete

---

[1]) Dieringer Zeitschrift für Wissenschaft und Kunst. Köln 1884. 2. Jahrgang. Bd. IV. Heft 2. S. 165 f.

Jesus (Matthäus XIX): „Habt ihr nicht gelesen (1. Mos. 1, 27. — 1. Mos. 2, 24), daß der, welcher im Anfange den Menschen schuf, als Mann und Weib sie geschaffen und gesagt hat: Um deßwillen wird ein Mann Vater und Mutter verlassen und seinem Weibe anhangen und sie werden zwei in Einem Fleische seyn. So sind sie also nicht mehr zwei, sondern ein Fleisch. Was nun Gott gebunden hat, das soll der Mensch nicht trennen." Sie sprachen zu ihm: Warum hat denn Moses befohlen, einen Scheidebrief zu geben und (das Weib) zu entlassen? Er sprach zu ihnen: „Moses hat euch eurer Herzenshärtigkeit wegen erlaubt, eure Weiber zu entlassen; im Anfang aber war es nicht so."

Nach Markus (IX, 10) fragten Jesus seine Jünger zu Hause abermals darüber und er sprach zu ihnen: „Wer immer sein Weib entläßt und eine andere nimmt, der begeht an ihr einen Ehebruch. Und wenn ein Weib ihren Mann entläßt und einen andern heirathet, so bricht sie die Ehe."

Nach Lukas (XVI, 18) sagte Jesus: „Ein Jeder, der sein Weib von sich entläßt und eine andere heirathet, der bricht die Ehe: und wer eine vom Mann Geschiedene heirathet, der bricht die Ehe."

Bei Paulus im I. Brief an die Corinther VII. 10, 11 heißt es: „Denen aber, welche durch die Ehe verbunden sind, gebiete nicht ich, sondern der Herr, daß das Weib sich nicht vom Manne scheide. Wenn sie aber geschieden ist, so bleibe sie ehelos, oder versöhne sich mit ihrem Manne. Auch der Mann entlasse sein Weib nicht."

Im Brief Paulus an die Römer VI. 7, 2—3 heißt es: „Denn ein Weib, das unter einem Manne steht, ist an das Gesetz gebunden, so lange der Mann lebt: wenn aber ihr Mann stirbt, so ist sie vom Gesetze des Mannes entbunden. Demnach heißt sie eine Ehebrecherin, wenn sie, so lange der Mann lebt, zu einem andern Manne sich gesellt: wenn aber ihr Mann stirbt, so ist

sie frei vom Gesetze des Mannes, so daß sie nicht Ehebrecherin wird, wenn sie zu einem andern Manne sich gesellt."

In diesen Stellen findet die katholische Kirche den unbedingten Ausspruch, daß die Ehe absolut untrennbar sey und zwar weil ihr Band nicht menschlichen, sondern göttlichen Ursprungs und durch das Sakrament geheiligt sey.

Die Stelle bei Matthäus V. 32: „Ich aber sage euch, daß ein Jeder, der sein Weib von sich entläßt, ausser um des Ehebruchs willen, macht, daß sie die Ehe bricht: und wer die Entlassene zur Ehe nimmt, bricht die Ehe;" so wie eine andere Stelle, welche sich ebenfalls bei Matthäus XIX. 6 findet und die unmittelbare Fortsetzung der oben angeführten Theile des 19. Kapitels bildet: „Ich aber sage euch: Wer immer sein Weib entläßt, es sey denn um des Ehebruchs willen, und eine andere nimmt, der bricht die Ehe: und wer die Geschiedene nimmt, der bricht die Ehe."

Den Sinn und die Bedeutung dieser Stellen erklären die Katholiken, im Zusammenhange mit dem vorhin Angeführten dahin: „Bei Markus und Lukas ist die Entlassung unbedingt untersagt; dagegen erlaubt Jesus bei Matthäus die Entlassung im Falle des Ehebruchs. Diesen scheinbaren Widerspruch löst der heilige Paulus im Briefe an die Corinther a. a. O. Er erlaubt einer Geschiedenen nicht, wieder zu heirathen, so lange der Mann lebt, und sagt damit aus, daß das Band, welches durch die Ehe geknüpft worden, nicht gelöst sey; denn wäre die Lösung des Bandes in seiner Meinung gewesen, so hätte er die Wiederverehelichung gestatten müssen. Zugleich gestattet er, daß die Geschiedene, wenn sie mit ihrem Manne sich nicht versöhnen kann, geschieden bleibe. Aus dieser Gestattung und dem Verbote der Wiederverehelichung folgert man, daß eine Entlassung im Sinne einer Trennung des Bandes dem christlichen Gesetze zuwider, durchaus unstatthaft und in keinem Falle erlaubt seyn könne, daß

aber eine Entlassung im Sinne einer bloßen Scheidung von Tisch und Bett, einer Aufhebung des Zusammenlebens eintreten und gestattet werden könne, wenn nur der geschiedene Theil zur Aufrechthaltung des unauflöslichen Bundes nicht zu einer neuen Ehe schreitet. Die heiligen Evangelisten Markus und Lukas verstehen die Entlassung im Sinne der Trennung des Bandes und darum verbieten sie dieselbe unbedingt; der heilige Matthäus versteht die Entlassung im Sinne der Scheidung von Tisch und Bett, weßhalb er eine Ausnahme beisetzt, welche die Scheidung, aber nicht die Lösung des Bandes zur Folge haben kann. Alle drei Evangelisten setzen übrigens im Sinne des heiligen Apostels Paulus bei, daß die geschiedenen Theile in keinem Falle zu einer neuen Verbindung schreiten können. [1])" Die katholischen Theologen beziehen deßhalb die Worte: „es sey denn um des Ehebruchs willen" auf „entläßt" und nicht auf das „eine andere nimmt." [2])

Das Conc. Trident. Sess. 24 de sacramento matrim. löst die Frage im Can. 7. dahin: „Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum docuit et docet, iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius coniugum, matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero coniuge vivente, aliud matrimonium contrahere; moecharique eum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae, dimisso adultero, alii nupserit, anathema sit."

Diese Auffassung ist auch den Kirchenvätern gemäß, nämlich den Schriften Justins (Apolog. I.), Tertullians, Clemens

---

[1]) Die h. Schrift d. N. T. von J. F. Allioli. Nürnb. 1836. Th. 1. Abth. 1. S. 88. Noten. — S. Augustin. L. II. de coniug. adulterin. N. III.—V.

[2]) Die Literatur über die angeführten Stellen ist, wie sich erwarten läßt, ausserordentlich reich; kann aber hier, als rein dem theologischen Gebiete angehörig, nicht weiter in Bezug genommen werden.

von Alexandrien, Hilarius, Basilius, Gregor von Nazianz, Ambrosius, Chrysostomus, Hieronimus (Epist. ad Ocean.), Innocenz I. (Epist. ad Exuper.) und Augustins (Lib. de fide et op. C. 19), sie ist in vielen Entscheidungen der Päpste, in allen Ritualen, Kirchenordnungen, Religionsbüchern u. s. w. enthalten und in steter Praxis begründet. Einer häufigen Verwechslung wegen ist hier noch zu bemerken: daß die Ehe nicht deßhalb unauflöslich ist, weil sie ein Sakrament ist, sondern sie war von Anfang an aus der mit der ursprünglichen Einsetzung derselben verbundenen göttlichen Erklärung unauflöslich und ist erst durch Christus zu einem Sakramente erhoben. Der Charakter der Unauflösbarkeit wird deßhalb von der katholischen Kirche allen Ehen, auch solchen zwischen Katholiken und Protestanten, zuerkannt, wofern ihnen nicht ein anderes und zwar ein solches Hinderniß im Wege steht, welches auch die von zwei Katholiken eingegangene Ehe nichtig machen würde. In diesem Sinne hat sich die katholische Kirche von jeher ausgesprochen und besonders wichtige Aussprüche erfolgten seit dem Decretum Conc. Trident. de reformatione matrimonii Sess. 24. c. 1, worin heimliche Ehen für ungültig erklärt waren. Als die Zahl der Protestanten immer größer wurde, entstand die Frage: ob denn auch ihre Ehen, die sie entweder untereinander, oder mit Katholiken, ohne die von dem Concilium von Trient vorgeschriebene Form zu beobachten, eingingen, gültig seyen? Der Bischof von Ypern wünschte von dem römischen Stuhle über jene Fragen Entscheidung. Die Congregatio Concilii Tridentini interpretum vernahm darüber das Gutachten sehr vieler deutscher und belgischer Gelehrten, sowie insbesondere der belgischen Bischöfe, und dieses Material wurde vier ausgezeichneten Theologen zur Entscheidung vorgelegt. Erst hierauf faßte Benedict XIV. die Entschließung dahin, daß die Ehen der Protestanten sowohl untereinander, als die eines Protestanten mit einem Katholiken, gültig seyen, wenn auch die Form des Tridentiner Conciliums nicht eingehalten worden wäre, mit

dem Zusatz: „si contingat, utrumque coniugem ad catholicae ecclesiae sinum se recipere, eodem, quo antea, coniugali vinculo ipsos omnino teneri, etiamsi mutuus consensus coram parocho catholico ab eis non renovetur, sin autem unus tantum ex coniugibus, sive masculus sive foemina, convertatur, neutrum posse, quamdiu alter superstes erit, ad alias nuptias transire.“ [1])

Aus dieser Declaration und ihrer Geschichte geht hervor, daß die Congregation des heiligen Officiums von ihrer Einsetzung an (1542) dieselben Grundsätze ausgesprochen hat und diese wurden später stets wiederholt, z. B. von Pius VII. in einem Breve an den Fürstprimas v. Dalberg vom 8. Octob. 1803: „illud certe exploratum est, coniugale foedus a prima sua institutione, antequam ad sacramenti dignitatem elevaretur, divino iure indissolubile prorsus perpetuumque éxtitisse . . .“, sowie Pius VIII. in dem Breve vom 15. März 1830 an die Bischöfe von Rheinpreußen: „Per nostras has literas volumus et mandamus, ut matrimonia mixta, quae posthac in Vestris dioecesibus contrahi contingat, non servata forma a Tridentino concilio praescripta, si eisdem nullum aliud obstet canonicum dirimens impedimentum, pro ratis ac veris connubiis habeantur; prout Nos auctoritate nostra apostolica matrimonia ea vera ac rata fore declaramus atque decernimus non obstantibus quibuscunque. Quodcirca catholicae personae, quae in posterum matrimonia hoc modo contraxerint, dum nullum aliud iis obstare dirimens canonicum impedimentum, a sacris pastoribus edo-

---

[1]) Declaratio Benedicti XIV cum instructione super dubiis respicientibus matrimonia in Hollandia et Belgio contracta et contrahena, 4 Nov. 1741. — S. D. N. Benedicti Declaratio super matrimoniis inter Protestantes et Catholicos. Colon. 1746. — J. B. Kutschker die gem. Ehen. Wien 1838. §. 40.

cendae erunt, ipsas verum et ratum coniugium inivisse."

Auch das Breve Gregors XVI. an die Bischöfe Baierns vom 27. Mai 1832 erkennt dasselbe Prinzip ausdrücklich an: »Post haec vix est, ut aliqua addamus, de aliis illis longe gravissimis casibus matrimonii . . . in quibus pars acatholica habeat viventem adhuc priorem coniugem, a quo divortio seiuncta est. Quare matrimonium mixtum in eiusmodi casibus non modo illicite fieret, sed nullum prorsus atque adulterinum foret.«

Ergiebt sich aus dem Dargestellten: daß die priesterliche Trauung nach protestantischen Religionsbegriffen zur Abschließung der Ehe wesentlich, nach katholischen aber ausserwesentlich ist, und daß, was die Auflösung der Ehe anbelangt, nach der protestantischen Lehre eine Auflösung vom Bande zulässig, nach der katholischen aber wieder unzulässig ist; so hätte eine Gesetzgebung, welche die kirchliche Trauung für nothwendig und die Lösung des Bandes für zulässig erklärt, theils insofern sich nicht unabhängig von dem Charakteristischen der protestantischen Kirche gehalten, als sie deren wesentliches Moment für die Abschließung der Ehe, auch für bürgerlich wesentlich erklärte; theils die Gleichheit in der Berücksichtigung der Confessionen insofern ausser Acht gelassen, als sie nicht auch das katholisch wesentliche Moment recipirte; und wenn die Gesetzgebung sogar noch mit Aufopferung des bürgerlich für wesentlich erklärten Moments das Mittel zu schaffen sich bereitet, dem Katholiken die Möglichkeit zu vermitteln, mit Beiseitesetzung der kirchlichen Vorschriften doch eine bürgerlich vollgültige Ehe, unter exceptionellen, für einen solchen Fall allein erdachten Formen, abzuschließen und ein kirchlich unauflösbares Band zu lösen, so liegt offenbar eine doppelte ungleiche Behandlung vor. Frägt man aber, inwiefern eine weltliche Gesetzgebung bezüglich derjenigen Gegenstände, welche zugleich ein Object der kirchlichen Gesetzgebung bilden und mit dem religiösen Glauben der Staats-

angehörigen zusammenhängen, sich ganz unbeschränkt nach bloßen Rücksichten der Gesetzgebungsklugheit bestimmen darf, oder ob dieselbe nicht in der rechtlich anerkannten Existenz und Coexistenz der Kirchen nothwendige Anhaltspunkte und Schranken zu respectiren habe? so führt die Lösung einer solchen Frage allerdings zu mancherlei Bedenklichkeiten und Modificationen und insbesondere auch wohl zu der rechtlichen Ueberzeugung, daß die Lage der weltlichen Gesetzgeber eine andere vor dem westphälischen Frieden, eine andere seit dem westphälischen Friedens bis zum Jahre 1803 und wieder eine andere seit der Errichtung des Rheinbundes und endlich des deutschen Bundes ist.

Vor der Reformation des 16. Jahrhunderts konnte nach dem Verhältnisse, in welchem geistliche und weltliche Macht stand und wo jede Abweichung von der Staatsreligion als ein öffentliches Verbrechen galt, keine religiöse Gemeinschaft, welche sich von der Kirche losgesagt hatte, auf Anerkennung von Seiten des Staats rechnen und eine eheliche Verbindung eines Rechtgläubigen mit einem Häretiker war untersagt. Das Synodalstatut von Agde: „non oportet cum hominibus haereticis miscere connubia, et vel filios vel filias dare, si tamen se profiteantur christianos esse futuros et catholicos [1])" war kirchliche wie weltliche Rechtsnorm. Als die Lehre Luthers auf dem Reichstage zu Worms verworfen worden, hatte sie schon so viele und einflußreiche Anhänger, daß das Edict die beabsichtigte Wirkung nicht erlangte. Gemischte Ehen entstanden zuerst durch den Uebertritt eines Ehegatten zur neuen Lehre; dann durch Eheschließung zwischen Lutheranern und Katholischen. In beiden Fällen gab es Händel wegen der Kindererziehung und im ersten auch von Seiten des katholischen Theils Klagen auf Ehescheidung wegen Häresie. Die katholischen

---

[1]) Synod. Agath. 506 in Causa 28. Q. 1. c. 16. Gleiche Strenge war auch ausser Deutschland. Cramer de rebus Polon. L. 15. p. 247.

Ehegerichte hielten die Unauflösbarkeit des Bandes fest, die geistlichen Gerichte der Anhänger Luthers ließen, wenn sich die Eheleute factisch trennten, wegen böslicher Verlassung vom Bande scheiden. Der Zustand in Deutschland wurde ein sehr mannigfaltiger. In Ländern, wo der Fürst katholisch geblieben, duldete man kein öffentliches Bekenntniß des Protestantismus und umgekehrt, doch gab es bald auch Verträge, die das Nebeneinanderbestehen beider Confessionen vermittelten. Die von Luther zuerst aufgestellte Behauptung, daß nach der katholischen Lehre die Ehe verboten werde, wurde so fest geglaubt, daß sie in Kirchenordnungen der Protestanten, z. B. die mecklenburgische v. J. 1552 überging[1]) und gegen Ehen mit Katholiken und Wiedertäufern gewarnt wurde. Mit dem Religionsfrieden v. J. 1555 änderte sich das ganze frühere Verhältniß zwischen Kirche und Staat. Das deutsche Reich war zwar ein christliches geblieben; aber der Augsburger Confession waren gleiche Rechte mit der katholischen Kirche eingeräumt worden und verfügt: daß beide Confessionen ungeschmälert fortbestehen sollten, wo sie bisher in Uebung gewesen und niemand sollte einen andern der Confession wegen beeinträchtigen. Der politische Begriff der Häretiker fand keine Anwendung mehr auf die Anhänger der Augsburger Confession. Das gegenseitige Verhältniß der Confessionen hatte sonach eine staatsrechtliche Grundlage, deren Anwendung auf allen Reichstagen durch gegenseitige Beschwerden angeregt wurde und sogleich erscheint dabei auch die gemischte Ehe, weil die Protestanten sich weigern sie einzusegnen. Papst Paul III. hatte unter dem Namen

---

[1]) Mecklenb. Kirchenordn. v. 1552. Tit. 22. «Auß diesem allen ist nu öffentlich, dieweil der Bapst und seine Bischoffe, Thumherrn, Mönche und andere, die den Ehestand verbieten, öffentlich wider Gott thun, und Unzucht strecken und häuffen, und daß sie Gottes und rechter Kirche Feind sind ꝛc» Neue vollstän. Gesetz-Samml. d. Mecklenb.-Schwerin. Lande. Parchim 1835. Bd. 2. S. 38.

des h. Officiums eine Congregation angeordnet, die auch über gemischte Ehen zu entscheiden hatte und diese entschied stets, daß auch die Ehe eines Katholiken mit einem Protestanten unauflöslich sey; eben so auch die Ehe zwischen zwei Protestanten. Das Concil von Trient hatte über gemischte Ehen nichts bestimmt. Als in der Mitte des 16. J. H. die niedersächsischen Städte erklärten, Niemanden aufzunehmen, der nicht Luthers Lehre von den Sakramenten der Taufe und des Abendmahls annehme, und später (1580) die Concordienformel, die Lehre der Reformirten, verwarfen, da entstanden neue Schwierigkeiten bei Ehen mit Reformirten, weil auf sie die Bestimmungen des Religionsfriedens nicht angewendet wurden. Der westphälische Friede hatte die Reformirten zu den augsburgischen Confessionsverwandten gezählt, und diesen und den Katholiken vollkommen gleiches Recht gesichert, daneben aber auch ausdrücklich bestimmt: daß ausser der katholischen und den beiden evangelischen Confessionen keine andere aufgenommen oder geduldet werden sollte. Dieser Friede hob, da er ein ausreichendes Rechtsfundament gelegt, die Verträge, welche die Anhänger beider Confessionen vor und nach dem Religionsfrieden geschlossen hatten, auf, bestätigte den Religionsfrieden und bestimmte als Normaljahr für die Religionsübung im Reiche das Jahr 1624, räumte aber den Landesherrn das Recht ein, diejenigen, welche in dem Normaljahr weder öffentlichen noch Privatgottesdienst gehabt, zur Auswanderung zu nöthigen. Ueber gemischte Ehen bestimmte auch er nichts.[1])

Nach dem Inhalt des westphälischen Friedens waren die Angehörigen einer Confession in einem bestimmten Staate, nach Maßgabe ihrer Religionsübung im Normaljahre, entweder berechtigt oder nur geduldet. Auf diesen Unterschied hin behandelte man auch gewöhnlich landesgesetzlich die gemischten Ehen. Dar-

---

[1]) Die für das Gegentheil oft angeführte Stelle: J. P. O. Art. V. §. 35 enthält darüber nichts.

auf baute auch der bekannte Moser sein System, worin er sagt:

„Wo in einem Lande beiderlei Religionsverwandte zu ihrer Religionsübung berechtigt sind, pfleget selbigen, wenn sich zweierlei Religionsverwandte zusammen heirathen, freigelassen zu werden, Ehepacten zu errichten und in denselbigen zu bestimmen, wie es wegen der Copulation, wie auch wegen der zu erzeugenden Kinder Taufe und Erziehung in dieser oder jener Religion sollte gehalten werden.

„Wenn aber ein Landesherr andern Religionsverwandte aus Gnaden Freiheiten ertheilt; kann er auch reguliren, wie es mit denen Ehegatten bei vermischten Ehen sollte gehalten werden.[1])

„Wohl aber steht einem Landesherrn frei, in denen Landen oder Orten, wo andere Religionsverwandte nur aus Gnaden geduldet werden, die gemischte Ehe insofern zu verbieten, daß man dergleichen Personen nicht im Lande duldet, oder sie doch auf andere Art einzuschränken.[2])

„In welchen Ländern verschiedene Religionsverwandte geduldet werden, da läßt man auch die gemischte Ehe unter denselbigen zu, außerdem aber nicht, wenigstens nicht ohne Dispensation. Ein so anderer Fall pfleget durch landesherrliches Gesetz, (welche aber nicht wider den Religions- oder westphälischen Frieden seyn müssen) oder Landesverträge bestimmt zu werden, wie es wegen der Eingehung solcher Ehen, der Ehepacten und der Erziehung der Kinder solle oder dürfe gehalten werden.[3])

„Eine Landesherrschaft kann zwar ihren Unterthanen anderer Religion, Ziel und Maß in Ansehung ihrer Trauung, zu Erhaltung guter Zucht und Ordnung vorschreiben; doch muß ihnen nichts dabei zugemuthet werden, so den Lehrsätzen ihrer Religion

---

[1]) J. J. Moser v. d. Landeshoheit im Geistlichen. Frankfurt 1773. S. 483.

[2]) Moser a. a. O. S. 481.

[3]) Moser v. d. deutschen Religionsverfassung. Frankf. 1724. S. 115.

zuwider wäre, oder auch sonsten die Sache nicht zu weit getrieben werden.[1]"

Innerhalb und ausserhalb dieser Grenzen hat sich die Gesetzgebung, Doctrin und Praxis, in unglaublicher Mannigfaltigkeit ausgesprochen.

Der §. 63 des Deputations-Hauptschlusses v. 1803 erweiterte die Befugniß der Landesherrn gegen die Beschränkung des westphälischen Friedens darin, daß denselben frei gestellt wurde, andere Religionsverwandte zu dulden und ihnen den vollen Genuß bürgerlicher Rechte zu gestatten. Insofern dieser D. H. S. jedoch im Allgemeinen nur die bisherige Religionsübung eines jeden Landes gegen Aufhebung und Kränkung schützte, war es ein Fortschritt, daß durch die Beitrittsurkunden derjenigen Staaten zum Rheinbunde (1806), in denen bisher die Katholiken zur Religionsübung nicht berechtigt waren, ausdrücklich festgesetzt wurde, daß die Ausübung des katholischen Gottesdienstes der des lutherischen gleichzustellen sey und die Unterthanen beider Confessionen ohne Einschränkung die nämlichen Rechte genießen sollten. Durch diese beiden Bestimmungen der Jahre 1803 und 1806 waren die zwei, beziehungsweise drei christlichen Confessionen, im Wesentlichen gleichgestellt und den Landesherrn die Möglichkeit gegeben, Rechtsungleichheiten zu entfernen. Wozu der gute Wille allein im Verlaufe der Zeit nicht ausgereicht, das wurde endlich durch den Art. 16 der deutschen Bundesacte (1815) gesichert, der bestimmt: „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann, in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes, keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen."

Nach dieser Uebersicht stellt sich heraus, daß wenn die Gesetzgebungen der Länder und Gebiete, welche jetzt zum deutschen Bunde gehören, in Bezug auf das Eherecht die Angehörigen der

---

[1]) Moser Landeshoheit im Geistlichen. S. 482.

verschiedenen christlichen Confessionen früher nicht vollkommen gleich behandelt haben, was der Fall allerdings nicht gewesen ist, wie eine genauere Vergleichung dieser an Verordnungen ungewöhnlich fruchtbaren Materie ergiebt; daraus noch keine Rechtsbeeinträchtigung für einen Religionstheil folgt, insofern von Bestimmungen vor der deutschen Bundesacte die Rede ist. Denn bis dahin war der Rechtszustand der verschiedenen Confessionen staatsgrundgesetzlich bedingt durch Verträge, Religionsfrieden, die Religionsübung im Normaljahr und die Befugnisse und Beschränkungen des westphälischen Friedens überhaupt und durch partikularrechtliche Rechtsgrundlagen insbesondere. Aber nunmehr, und zum Theil seit dem Rheinbunde, besonders seit der deutschen Bundesacte, stellt sich das Verhältniß als ein durchaus gleichberechtigendes für die verschiedenen, im westphälischen Frieden recipirten christlichen Confessionen so bestimmt und staatsgrundgesetzlich geordnet heraus, daß von dieser Zeit an jede Confession fordern darf, in keiner Weise bezüglich der bürgerlichen und politischen Rechte nachtheiliger als die andere behandelt zu werden. Die dauernde materielle Gerechtigkeit aller frühern gesetzlichen und vertragsmäßigen Bestimmungen hängt seit der Aufstellung des bundesgesetzlichen Princips nicht mehr von der Gerechtigkeit der Zeit des Erlasses jener Anordnungen, sondern von der wahrhaften Uebereinstimmung mit der Absicht des Art. 16 der Bundesacte zusammen. Von dieser Ansicht ausgehend haben viele deutsche Bundesstaaten manche, vor der Bundesacte erlassene, in das Eherecht der Katholiken einschlagende, mit jenem bundesgesetzlichen Grundsatze nicht vollkommen übereinstimmende, Verordnungen einer Revision unterworfen und neuere Verfügungen mehr im Geiste jenes Princips erlassen [1]); und mit dieser Rücksicht

---

[1]) Besonders geschah es in der Materie über gemischte Ehen, welche in früherer Zeit vorzüglich unter den Einflüssen der Ungleichheit der christlichen Confessionen ausgebildet worden war. Hierher gehören

müssen dem Rechte nach alle neuere Bestimmungen in Einklang stehen. In einem Staate, worin jenes bundesgesetzliche Princip Geltung hat, wo also unter den christlichen Confessionen keine Verschiedenheit, sondern eine Gleichheit der Rechte statt finden soll [1]), wo den anerkannten Kirchen Freiheit der Religionsübung garantirt ist, selbst die innere Kirchenverfassung den Schutz der politischen genießt und jedem Einwohner der Genuß vollkommener Gewissensfreiheit zugesichert ist [2]), da darf niemals vergessen werden, was man unter innerer Kirchenverfassung zu verstehen hat. Floret bemerkt in der historisch-kritischen Darstellung der Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen im J. 1820. 1821. [3]) : „Der Art. 39. der V. U. welcher bestimmt : „Daß die innere Kirchen-Verfassung

---

* z. B. eine Oldenburg. Verordn. v. 11. Febr. 1816 u. v. J. 1817. Würtemberg v. 14. März 1817. Bairisches Religionsedict v. 26. Mai 1818. Frankfurt. Verordn. v. 30. Dec. 1819. Mecklenburg.-Schwerin. Verordn. v. 30. März 1821. Sachsen-Weimar Verordn. v. 7. Octob. 1823. Kurhessen Verordn. v. 18. Aug. 1823. Baden Gesetz v. 17. Juni 1826. Hannover Gesetz v. 31. Juli 1826. Königreich Sachsen Mandat v. 19. Febr. 1827 u. v. 1. Nov. 1836. Sachsen-Gotha Verordn. v. 15. Aug. 1834. Großh. Hessische Verordn. v. 7. April u. v. 18. Juli 1825 u. v. 27. Febr. 1826.

[1]) Die Erklärungen mancher Staatsgrundgesetze, z. B. v. Sachsen-Meiningen v. 23. Aug. 1829. §. 29. «Die evangelische Kirche ist die Landeskirche» u. s. w.; sowie Sachsen-Altenburg v. 29. April 1831. §. 128. «Die evangelisch-protestantische Kirche ist die Kirche des Landes; und die Entgegenstellung der andern (?) christlichen Kirchen als «Partikularkirchen,» beweisen von nicht unwichtigen Auffassungen der deutschen Bundesacte. Vgl. meine Schrift : Staatskirche S. 42 f.

[2]) Z. B. Großherz. Hessische V.-U. v. 1820. Art. 1. 2. 20. 21. 39. 22. Mit diesen Grundsätzen am vollsten übereinstimmend sind die staatsgrundgesetzlichen Erklärungen Baierns und Sachsen-Coburg-Saalfeld's.

[3]) Gießen 1822. S. 123.

auch den Schutz der politischen genieße," ist so gefaßt, daß er den Verhältnissen der katholischen Kirche, in Beziehung auf die Transactionen wegen des Concordats, nicht im mindesten präjudicirt, und er konnte nicht anders gefaßt werden, weil eine detaillirte Bestimmung der Verhältnisse, als Bestandtheile der Verfassungsurkunde, unmöglich in einem Zeitpunkte gegeben werden konnte, wo es noch ungewiß war, ob das Concordat zu Stande kommen würde und wo man also durchaus nicht über die Verhältnisse vorurtheilen konnte, welche in dieser Beziehung für die Zukunft bestehen werden. Wann die Resultate bestimmt sind, welche die, zu Abschließung eines Concordats mit dem römischen Hofe von Seiten der deutschen Regierungen in Frankfurt versammelte Commission begründet hat, so ist dadurch eine Ergänzung der Verfassungsurkunde von selbst gegeben." Wenn diese Bestimmung zunächst für die katholische Kirche abgefaßt worden ist, so hat das seinen Grund in der Stellung des Landesherrn zur protestantischen Kirche als oberstem Bischofe, ein Verhältniß, daß in mehreren deutschen Verfassungsurkunden bestimmter entwickelt ist. Die Großh. Hessische V.-U. hat durch die Art. 20, 21 u. 39 das äussere und innere Kirchenrecht der verschiedenen christlichen Kirchen garantirt. Bei den Katholiken ist aber jedenfalls das innere Kirchenrecht, worauf die innere Kirchenverfassung beruht, theils göttliches, theils menschliches Recht. Alle Einrichtungen und Normen, welche auf positive Anordnungen Christi gegründet sind, bilden göttliches Recht. Die bestimmende Autorität für das, was dahin zu rechnen sey, ist der Glaube der Kirche selbst. Das göttliche Recht ist im Kirchenrechte, seiner Natur nach, als Ausspruch des unveränderlichen göttlichen Willens unabänderlich, also keinem Wechsel unterworfen. Was diese Unabänderlichkeit gegebener göttlicher Anordnungen und Wahrheiten betrifft, so ist, nach der katholischen Lehre von der Unfehlbarkeit der Kirche, diese auch hierfür die bestimmende Autorität, die sich aber auch hier bloß auf die Angabe und Erklärung der von

Christus bereits gegebenen, nicht auf das Hinzusetzen neuer Lehren bezieht. Für den Katholiken ist die Verbindlichkeit, den von der Kirche angegebenen Sinn einer christlichen Lehre anzunehmen, weder eine rechtliche, noch eine moralische, sondern eine rein wissenschaftliche und logische Nothwendigkeit und Consequenz; denn um Katholik in Wahrheit zu seyn, muß man vorher schon die Wahrheit der katholischen Lehre angenommen haben, daß die Kirche den wahren Bestand und Sinn der christlichen Lehre unfehlbar anzugeben im Stande sey. Jede Verwerfung einer einzelnen, von der Kirche angegebenen Glaubenserklärung ist directer Widerspruch mit der Angabe, ein Katholik zu seyn, und insofern die Folge eines Mangels an wissenschaftlicher Einsicht, an logischer Auffassung, an Consequenz. Es ist eine unsinnige Behauptung, daß der Glaube ein Gegenstand der kirchlichen Gesetzgebung sey; denn er ist seinem Inhalte nach durch den Inbegriff der christlichen Glaubenslehren unabänderlich bestimmt. Glaube hängt ja von innerer Nothwendigkeit ab, diese wird aber durch vorhergehende Erkenntniß bestimmt, diese aber richtet sich in ihrer Wirkung nicht nach Gesetzen der Freiheit, sondern nach physischen Gesetzen des Geistes. In ihrer Entstehung hängt die Erkenntniß allerdings von der Freiheit ab, weil nur durch einen Beschluß des Willens die Richtung des erkennenden Geistes auf ein Object der Erkenntniß erfolgen kann. Nur die Betrachtung der christlichen Glaubenswahrheiten kann hier allein geboten werden.

Nicht Christus, aber auch nicht die katholische Kirche, fordern blinden Glauben, sondern nur jene Betrachtung der Lehre, woraus der Glaube von selbst als Nothwendigkeit folgt. [1])

So wenig nun die Kirche, ohne mit sich selbst in Widerspruch

---

[1]) Das ist auch der Sinn aller betreffenden Bibelstellen, welche Forderungen und Ahnungen aussprechen. M. s. z. B. Paulus an die Römer X. 11–21.

zu gerathen, das Göttliche im Kirchenrechte abändern darf, eben so wenig ist es auch nur politisch, daß es die weltliche Gesetzgebung versucht. Sie darf es nicht, wenn sie der innern Kirchenverfassung Schutz versprochen hat. Und wenn die innere Kirchenverfassung verschiedener christlicher Kirchen verschieden ist und jenen verschiedenen Kirchen gleicher Schutz versprochen ist, dann besteht die Gleichheit hier in nichts Anderem, als daß jede Verfassung gleichen Schutz finde und die Freiheit gerade in nichts Anderem, als in der aus jenem gleichen Schutze folgenden Ungleichheit, d. h. daß man nicht eine Gleichheit der Rechte forcire, die nun einmal nicht vorhanden ist.[1] Die weltliche Gesetzgebung sollte aber selbst dann, wenn sie eine solche Garantie nicht einmal ausdrücklich geleistet hätte und das historisch gebildete positive Recht dem durch den Glauben der Kirche bestehenden göttlichen Rechte widerspricht, nicht auf der Handhabung dieses positiven, mit dem göttlichen im Widerspruche stehenden Rechtes beharren, weil die kirchliche Gesetzgebung die unbedingte Verpflichtung hat, das Göttliche aufrecht zu erhalten, daneben aber dem Unterthan die Verpflichtung auferlegt ist, das positive Recht zur Richtschnur seiner Handlungen zu machen und da, wo erlaubende weltliche Gesetze mit Sittengesetzen und Religionsvorschriften im Widerspruche stehen, von der Erlaubniß keinen Gebrauch zu machen; deßhalb durch die Aufrechthaltung solcher weltlicher Gesetze dem Unterthan die Erfüllung des Sitten- oder Religionsgesetzes bald nur erschwert, bald über den Werth und die Gültigkeit irre gemacht und in den, für die bürgerliche Gesellschaft, die Kirche und das Individuum gleich bedenklichen Zustand des Indifferentismus bringt, womit das Vertrauen zur Kirche und zum Staate gleichzeitig untergraben werden kann.

Was endlich von dem Gesichtspunkte der Staatsklugheit aus betrachtet vorzuziehen sey, ob kirchliche Trauung, oder bür-

---

[1]) K. Vollgraff d. Täuschungen des Repräsentativ-Systems. Marb. 1832. S. 25. Note.

gerliche? so ist das Für und Wider in den angeführten Darstellungen den wesentlichsten Gründen nach vollständig berührt, und der Prüfung Stoff genug unterlegt.

Nur bezüglich der Erwartung, daß mit Einführung der Civilehe die kirchliche Trauung dennoch niemals unterbleiben werde, erhebt man die Bedenklichkeit, daß, wenn sie auch seither, und besonders in Frankreich, stets verlangt worden sey, dieses im Verlaufe der Zeit in Deutschland doch wohl anders werden möchte.

So viel ist richtig, daß die stete Befolgung der kirchlichen Vorschrift in Frankreich und selbst in den Niederlanden ihren Grund darin hatte, daß in Frankreich, wo der Katholizismus entschieden vorherrschend ist, durch alle Zeiten politischer Stürme, die katholische Geistlichkeit, nach dem Vorbilde eines höchst achtungswürdigen Episcopats, die religiösen Interessen mit seltener Anstrengung und glänzendem Erfolge zu wahren bemüht war. Gleiche Glaubenstreue bewährte sich von jeher in den Niederlanden bei Protestanten wie Katholiken. Auch möchte nicht daran zu zweifeln seyn, daß unter den Katholiken, welche an der sakramentalischen Eigenschaft der Ehe, an ihrer Unauflösbarkeit, dem, nicht einmal wesentlichen [1]), Einsegnen durch die Kirche, so entschieden festhalten, aus dieser Gesinnung und Glaubensfestigkeit, aus welcher bekanntlich alle Schwierigkeiten, auf welche die gemischten Ehen stoßen, allein erklärbar sind, — die auch bloß der freien Selbstentschließung anheim gestellte, kirchliche Trauung nicht leicht für entbehrlich gehalten werden wird. Denn die Erfahrung beweist, daß der katholische Theil sich eher entschließt, das Versprechen zu geben, die Kinder protestantisch erziehen zu lassen, als auf die feierliche Trauung und feierliche Einsegnung durch einen katholischen Priester zu verzichten.

---

[1]) Benedict. XIV. de synodo dioecesana L. 13. c. 32. n. 7. — Breve des Papstes Pius VIII. v. 15. März 1830 an die rhein.-preuß. Bischöfe. — Mack üb. d. Einsegnung der gemischten Ehen. Tübingen 1840.

Welches System nach reiflicher Erwägung auch immer in die bürgerliche Gesetzgebung aufgenommen werden mag, so fordern die Erscheinungen unserer Zeit mehr als je dazu auf, nicht von vornherein die Entwickelung mit Mißtrauen aufzunehmen. Es muß dem Staate wie der Kirche wahrlich Ernst um die Sache, Bemühung um friedliche Ausgleichung aller Meinungsverschiedenheiten über die Aufrechthaltung der Staatsrechte der Kirche gegenüber und der Kirchenrechte dem Staate gegenüber, seyn, und man soll endlich gelernt haben, die gegenseitigen noch so abweichenden Auffassungen zu achten, und vor Allem keine confessionelle Antipathieen einmischen, denn dadurch wird man unvermerkt verleitet, das Recht selbst zu beeinträchtigen und wenn es einmal so weit gekommen ist, dann fällt es unendlich schwer, das nothwendige Vertrauen wieder zu gewinnen. Wo eine geoffenbarte Religion in bestimmter kirchlicher Auffassung auf einem anerkannten Rechtsboden feste Wurzel gefaßt, steht das Recht der Kirche eben so fest als das Recht des Staates und das Maas der Schutzpflicht, welches der Staat einer solchen Kirche gegenüber zugesichert, bedingt wesentlich die Modifikationen seiner Gesetzgebung. Man kann die Ansicht theilen, daß Staaten alle nicht politisch verwerflichen Religionen achten sollen; aber es kann niemals eine Folge dieses Princips seyn, hergebrachte Rechte anerkannter und geduldeter Religionen und Kirchen zu schmälern. Daß in dieser Beziehung die Lage der deutschen Staaten eine ganz andere ist, als die Frankreichs bei dem Baue der neuen Gesetzgebung, ist nachgewiesen. Wenn aber ein deutscher Staat auch die entgegengesetzte Ansicht hegt, so wird ihn diese, nach Recht und Politik, doch gewiß nicht zu mehr befugen, als in der bürgerlichen Gesetzgebung über die Ehe sich in jenen Grenzen zu bewegen, welche im Systeme des französischen Rechts über die Civilehe eingehalten sind.

Sach-Register

über

Band II. neue Folge der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß.

(Die Ziffern weisen auf die Seitenzahl hin.)

A.

Acceptilation 153.
Accessionen in Bezug auf mora 256.
Actio arborum furtim caesarum 152 f.
— confessoria 55.
— ex empto 7. 31 ff.
— duplae 33. Not. 14.
— ex stipulatu 7. 33. Not. 14. 78.
— fiduciae 202.
— furti 194.
— furti manifesti 194.
— furti nec manifesti 191.
— in factum 204.
— injuriarum 187. 195 ff.
— legis Aquiliae 186 f. 194 ff.
— mandati contraria 14.
— praescriptis verbis 204 f.
— Publiciana 73.
— Publiciana in rem 173.
— rationibus distrahendis 186.
— rei uxoriae 78.
Actio servi corrupti 197.
— tutelae 186. 200.
Actus jurisdictionis voluntariae mixtae 90.
— j. v. merae 94.
Adoptio als actus jurisdictionis voluntariae 95. 97 ff.
Adoptivkinder. Emancipirte Adoptivkinder dürfen nicht wieder adoptirt werden 99.
Alienatio judicii mutandi causa 9.
Arrogatio 97.

B.

Beamter — in wie weit darf derselbe in eigener Sache handeln? 93 ff.
Beklagter in Bezug auf Tragung des casus 225.
— in Bezug auf mora 253 ff. 259. 264 ff.
Besitz 14.

Besitz in Bezug auf Verjährung 141 ff. Longi temporis possessio et praescriptio 142. 149. Unterbrechung des Besitzes 144 ff.
Besitzer 14.
Bona fides in Bezug auf Verjährung 85. 90.
Bonae fidei emptor 177.
— fidei possessor 173. 177.
Bonorum possessio 64. Not.
Bürge 15 f.
Bürgschaft 19.

C.

Casus 14. 225 ff. 249 ff. 268 f.
Causae cognitio 94. 96. 99 ff.
Cedent 13 f. 67.
Censu manumissio 99.
Cession 13. 77.
— in Bezug auf Concursprozeß 212.
Cessio in jure 60 ff.
Cessionar 12. 14. 67. 77.
Commodatar 19.
Compensation 2.
Computatio civilis und naturalis temporis 166 ff.
Concurrenz der Klagen 180 ff.
Concursprozeß in Bezug auf Verzugszinsen 208 ff.
Concursus duarum lucrativarum causarum 190.
Consens der Partheien in Bezug auf Zwang gegen den prorogirten Richter, Recht zu sprechen 119 ff.
Coordinations- oder Collegialsystem in Bezug auf Eherecht ꝛc. 274.
Correalobligation 153 ff.
Correus 160 ff.
Cretio 64. Not. 65.
Cridar s. Gemeinschuldner.
Crimina extraordinaria 192.
— ordinaria 193.
Culpa lata 22. 27.
— levis 27.

D.

Debitor cessus 13.
Debitor speciei rei interitu casuali liberatur 249. 252.
Decretum de aperiundo concursu in Bezug auf mora und Zinsenlauf 212. 267.
Delegans in Bezug auf Correalobligation 160.
Depositum irregulare 150.
Dies ultimus coeptus habetur pro completo in Bezug auf computatio civilis 170. 172.
Dolus 22. 26.
Dominus negotii 13.
Donatio mortis causa 202.
Dos 78.
Dotis dictio 153 ff.
Duo rei stipulandi 153.

E.

Ehe 277. Grundsätze des Code Napoléon in Hinsicht der Ehe 286 ff. Grundsätze der katholischen Kirche 290 ff. Die katholische Kirche verlangt als unerlässiges Erforderniß zur Gültigkeit der Ehe nur : daß die Einwilligung zur Ehe in Gegenwart des geeigneten Pfarrers oder Priesters und zweier oder dreier Zeugen geschlossen werde 359. Feierliche Trauung 360. Feierliche Einsegnung 360.
Eherecht — Verhältniß zwischen Staat und Kirche in Bezug auf das Eherecht 270 ff.

Eigenthümer in Bezug auf Verjährung 142.
Emancipatio als actus jurisdictionis voluntariae 95 f.
Emptor ususfructus 57.
Error 26 f.
Eviction 10 ff. 19 ff.
Exceptio dilatoria 44.
— doli 25. Not. 100. 193. 199 ff.
— fori 10.
— rei judicatae 183.
Expromissio 156.
Extinctivverjährung 73 f. 90.

F.

Falcidia 204.
Fructuum perceptio 65. Früchte in Bezug auf mora 243 ff. 256.
Forum contractus in Bezug auf Zwang gegen den prorogirten Richter, Recht zu sprechen 126.
— conventionale 118.

G.

Garantiebeklagter 41 ff.
Gemeinschuldner in Bezug auf mora 210 ff. 266 ff.
Gläubiger in Bezug auf mora 234 f. 252. 268.
Gläubigercorps in Bezug auf Concursprozeß 211.

H.

Habitatores 206 f.
Hereditatis petitio 200. 255. 261.
Hierarchisches System in Bezug auf Eherecht rc. 274.

I.

Id quod interest 30.
Imperitia 27.
Imprudentia 26 f.
Iniquitas 27.
Injuria 27 f.
Injurienklage 196 f.
In legitimis hereditatibus non est successio 61.
Interdicta 73.
Interpellation in Bezug auf mora 255 ff. 259.
Irrthum in der Person in Bezug auf Zwang gegen den prorogirten Richter, Recht zu sprechen 119.
Judex privatus in gleicher Beziehung 128.
Jurisdictio contentiosa 94.
— voluntaria 93.
Justus titulus in Bezug auf Verjährung 85. 90.

K.

Kaufvertrag 31.
Käufer in Bezug auf Eviction 20 25 f. 29. 31.
— in Bezug auf mora 241. 246. 252 und 268.
Kirche in Bezug auf Ehe 278.
Kirchengewalt in Bezug auf Eherecht rc. 274.

L.

Lex Anastasiana 77.
— Aelia Sentia 100.
— Aquilia 186. 238.
— Atinia 140.
— commissoria 82.
— Julia judiciaria 119.
Litis contestatio in Bezug auf duo rei stipulandi 153. — 200.
— — in Bezug auf mora 225. 241 f. 253. Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei

possessores esse 254. — 255 ff. 262 ff.
Litisdenunziation s. Streitverkündigung.
Locatio operarum in Bezug auf casus 233.
— ususfructus 56.
Lucrum cessans in Bezug auf mora 240. 243. 248. 257.

M.

Mahnung auf Zahlung s. Interpellation.
Mala fides in Bezug auf mora 225 ff. 258.
Mancipation 29 f.
Mandant 12.
Mandat 14 ff.
Mandatar 12. 17.
Manumissio als actus jurisdictionis voluntariae 95. 99.
— vindicata 100.
Manumissor 100.
Massecurator in Bezug auf Concurs 211.
Matrimonium legitimum 281. Wesen in der katholischen Kirche: matrimonium solo consensu contrahitur 352.
— ratum 280.
Mora in Bezug auf Zinsrecht 150 ff. 208 ff.
— ex re 261.
Moratorium in Bezug auf Zinsenlauf 223.
Mündelgut — Consensertheilung in die Veräusserung von Mündelgut als actus jurisdictionis voluntariae 95.

N.

Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet 54. 67.
Non ex regula jus sumitur; sed ex jure, quod est, regula fiat, et regula rem breviter narrat in Bezug auf mora 223.
Nova 8. 12.
Novation 2. 153 ff.
Novation der Schuld alternativer Schuldner 162 ff.
Nuncupatio 30. 32.

O.

Obligation, alternative, 103.

P.

Peculium des Sclaven in Bezug auf purgatio vitii gestohlener Sachen 138 ff.
Pfandcontract 82.
Pfandgläubiger in Bezug auf Verjährung 142.
Pignoris datio 57. Not. 8.
Pönalklagen, Concurrenz derselben, 187.
Possessor malae fidei und derjenige, welcher eine Sache mit Gewalt in Besitz nimmt, semper moram faciunt 261.
Pro herede gestio 64. Not.
Prorogatio fori 113 ff. 121 ff.
Pupill 17.
Purgatio vitii gestohlener Sachen 137 ff.

Q.

Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere — Bemerkung darüber 223. 255.

R.

Rechtsirrthum bei der Usucapion 165.

Replica doli 8. 17 f. 25 Not. 198 200.
Rei vindicatio 73. 204 f.
Res inter alios acta 28.
— judicata 28. 60.
Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei in Bezug auf consumirte und resp. veräusserte Früchte des gutgläubigen Besitzers 261.
Retentionsrecht in Bezug auf Concursverfahren — Bemerkung darüber 218.
Richter — Kann der prorogirte Richter gezwungen werden, Recht zu sprechen? 113 ff. Ob der angegangene Richter sich in dem Titel seiner Competenz irrt, darauf kommt nichts an 120.

S.

Sachen, bewegliche, ob in Bezug auf solche eine civile usurpatio galt? 147 ff.
Sclav in Bezug auf purgatio vitii gestohlener Sachen 138 ff.
Schadensersatz — Pflicht zu dessen Leistung 228.
Schenkungen in Bezug auf Verbot der Annahme derselben von Gerichts= oder sonstigen obrigkeitlichen Personen 82. — Annahme der Insinuation von Schenkungen als actus jurisdictionis voluntarii 95. — 202.
Schuldner in Bezug auf mora 234 ff. 251. 269.
Sigle in Bezug auf irrige Annahme derselben 165 f.
Stipulation 30.
Strafklagen 191.
Streitverkündigung 1 ff.

T.

Tabulae censuales 100.
Temera litigatio, in Bezug auf mora 253. 255.
Territorialsystem in Bezug auf Eherecht ꝛc. 274.
Tradition 29. 57. Not. 8.
Tutor, treuloser, Klage gegen denselben 186. — Tutoris datio als actus jurisdictionis voluntariae 95.

U.

Usucapio pro herede 61. Usucapion 73 ff. 99. 173.
Usucapionsbesitz 74 ff. 142. 145.
Usufructuar 155 ff.
Usurpare — ursprünglicher Begriff 146.
Usurpatio des vorjustinianischen Rechts im Verhältniß zum späteren 141 ff.
Usufruct — Kann ein socher über tragen werden? 53 ff. — 205.

V.

Venditio actionis 13.
— ususfructus 56.
Vergleich über Alimente — Bestätigung desselben als actus jurisdictionis voluntariae 95.
Verjährung 64 ff. Erlöschende Verjährung 91.
Verkäufer in Bezug auf Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des Kaufpreises 246. — 268.
Vermiether in Bezug auf casus 253.
Verträge, Auslegung derselben, 206 f.

Verwendung fremder Gelder zu eigenem Nutzen in Bezug auf gesetzliche Entstehungsgründe der Zinsenentrichtungspflicht 246.
Verzug s. mora.
Verzugszinsen in Bezug auf Depositum 150.
— nach erkanntem Concursprozesse 208 ff. — 249. 269.
Vindicat 11 f.
Vindicant 11.
Vindicationsklage 12. 201. 261.
Vormund 2.
Vormundschaft 19.

Z.

Zahlung in Bezug auf duo rei stipulandi 153.
Zinsenentrichtungspflicht in Bezug auf mora 247 ff.
Zinsenlauf in Bezug auf Concursprozeß — durch das moratorium an sich wird der Zinsenlauf nicht gehemmt, vielmehr nur die Beitreibung, weil das moratorium in Absicht der Forderungen selbst keine Veränderung hervorbringt 223.
Zinsrecht beim Depositum 150.
Zufall s. casus.

Literarische Anzeigen.

In der **Elwert'schen** Universitätsbuchhandlung zu **Marburg** ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Vangerow, Dr. K. A. von, Hofrath zu Heidelberg, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen. Erster Band: Allgemeine Lehren. S. g. Familienrecht. Dingliche Rechte. Dritte Auflage. gr. 8. 53½ Bog. Rthlr. 3. 15 Sgr. od. fl. 6. 18 kr.

— — Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen. Zweiter Band: Das Erbrecht. Dritte Auflage. gr. 8. 39 Bogen. Rthlr. 2. 22½ Sgr. oder fl. 4. 57 kr.

— — Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen. Dritter Band: Die Obligationen. Erste und zweite Lieferung. gr. 8. brosch. Thlr. 1. 15 Sgr. oder fl. 2. 42 kr.

(Die dritte Lieferung wird demnächst erscheinen.)

Büchel, Dr. K., ordentl. Professor des römischen Rechts in Marburg, civilrechtliche Erörterungen:

I. Ueber die Natur des Pfandrechtes. 10 Bogen. gr. 8. brosch. 15 Sgr. oder 54 kr.

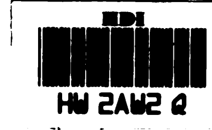
II. Ueber die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen. 11½ Bogen. gr. 8. brosch. 20 Sgr. oder fl. 1. 12 kr.

III. Ueber jura in re und deren Verpfändung. 9 Bogen. gr. 8. brosch. 15 Sgr. oder 54 kr.

IV. Streitfragen aus Novelle 118. 18½ Bogen. gr. 8. brosch. Thlr. 1 oder fl. 1. 48 kr.

V. Ueber die Wirkung der Klagenverjährung. 5½ Bogen. gr. 8. brosch. 15 Sgr. oder 54 kr.

Schaden, Dr. E. A. von, Vorlesungen über akademisches Leben und Studium. 30¼ Bogen. gr. 8. brosch. Thlr. 1. 15 Sgr. oder fl. 2. 42 kr.


HW 2AW2 Q

